

UNIVERSIDAD COMPLUTENSE DE MADRID

FACULTAD DE DERECHO

DEPARTAMENTO DE ECONOMÍA APLICADA IV



TESIS DOCTORAL

**Análisis económico del control anticorrupción a partir del caso
ecuatoriano**

MEMORIA PARA OPTAR AL GRADO DE DOCTORA

PRESENTADA POR

Cielito Berenice Olivo Espín

DIRECTOR

Francisco Cabrillo Rodríguez

Madrid, 2017

UNIVERSIDAD COMPLUTENSE DE MADRID

FACULTAD DE DERECHO

Departamento de Economía Aplicada IV

PROGRAMA DE DOCTORADO

ECONOMIA E INSTITUCIONES



TESIS DOCTORAL

ANÁLISIS ECONÓMICO DEL CONTROL ANTICORRUPCIÓN

A PARTIR DEL CASO ECUATORIANO

MEMORIA PARA OPTAR AL GRADO DE DOCTORA

PRESENTADA POR

Cielito Berenice Olivo Espín

DIRECTOR

Francisco Cabrillo Rodríguez

Madrid, 2015

UNIVERSIDAD COMPLUTENSE DE MADRID

FACULTAD DE DERECHO

Departamento de Economía Aplicada IV

PROGRAMA DE DOCTORADO

ECONOMIA E INSTITUCIONES



ANÁLISIS ECONÓMICO DEL CONTROL ANTICORRUPCIÓN

A PARTIR DEL CASO ECUATORIANO

TESIS DOCTORAL

Presentada por: Cielito Berenice Olivo Espín

Dirigida por: Profesor Dr. D. Francisco Cabrillo Rodríguez

Madrid, 2015

A mis compañeros y compañeras de camino...
por la alegría de tenerlos y de compartir la vida,
por la compañía, la complicidad, los aprendizajes
por cargarme y sostenerme,
por las frases que escribimos juntos...
y que al fin cobran cuerpo,

A mis maestros, por compartir su experiencia y sabiduría,
por ser la puerta siempre abierta
para Ser, crecer y aprender,

A mi familia raíz... por su capacidad de sostenerme
y hacer aparecer una y otra vez,
y en las formas más inverosímiles
el milagro del amor.

Y finalmente... a mi alma querida...
por esta experiencia de esfuerzo, paciencia,
creatividad, espíritu práctico, impulso vital
pasión y esperanza.

Gracias por la gestación de este trabajo
y su nacimiento!

AGRADECIMIENTO:

Al Prof. Dr. D. Francisco Cabrillo por su acertada dirección y su apertura ante mis infinitas inquietudes, por la experiencia, conocimiento y sabiduría que hicieron posible la culminación de este trabajo.

RESUMEN	1
ABSTRACT.....	2
ABREVIATURAS	3
INTRODUCCIÓN.....	4
1. PERSPECTIVA ECONÓMICO INSTITUCIONAL DE LA CORRUPCIÓN Y SU CONTROL	11
1.1. La corrupción como problema público	11
1.1.1. La corrupción a partir de nociones económicas	12
1.1.2. Tipologías de la corrupción.....	15
1.1.3. Estudios sobre la corrupción y su control.....	17
1.1.4. Índices, encuestas e indicadores sobre corrupción.....	28
1.2. Políticas públicas y control de la corrupción.....	29
1.3. Análisis económico de la corrupción y su control.....	31
1.3.1. Disuasión criminal y control anticorrupción.....	32
1.3.1.1. Elección racional y disuasión.....	35
1.3.1.2. Incentivos y restricciones del comportamiento humano	41
1.3.1.3. Externalidades de la corrupción.....	46
1.3.2. El modelo de disuasión criminal aplicado al control de la corrupción.....	50
1.3.3. Teoría económica del comportamiento burocrático.....	56
1.3.4. Teoría económica del “Public Enforcement of Law”	61

2. INSTRUMENTOS DE POLÍTICA ANTICORRUPCIÓN EN EL ECUADOR

Períodos constitucionales 1998 - 2008.....	65
2.1. El control anticorrupción en la agenda global	65
2.2. Contexto histórico del caso de estudio: Ecuador 1998 - 2014.....	67
2.3. Índices y encuestas de percepción de la corrupción en Ecuador.....	72
2.3.1. Índice de Percepción de la Corrupción.....	73
2.3.2. Índice Nacional de Corrupción y Buen Gobierno en Ecuador.....	75
2.3.3. El Ecuador en el Barómetro de las Américas.....	78
2.3.4. Cultura política de la democracia en Ecuador y su impacto en la..... gobernabilidad.....	80
2.4. Políticas de control anticorrupción en Ecuador. Período 1998 – 2014 ...	81
2.4.1. Conjunto de estrategias del período constitucional 1998.....	81
2.4.1.1. Diseño institucional.....	81
2.4.1.2. Instrumentos de política criminal.....	88
2.4.1.2.1. Delitos de corrupción pública y magnitud de la pena	88
2.4.1.2.2. Instrumentos relativos al juzgamiento y sanción	92
2.4.1.3. Instrumentos de política social.....	95
2.4.1.3.1. Instrumentos de promoción del control social	95
2.4.1.3.2. Instrumentos de transparencia y acceso a la información pública.....	97
2.4.2. Conjunto de estrategias del período constitucional 2008.....	99
2.4.2.1. Diseño institucional.....	99

2.4.2.2. Instrumentos de política criminal.....	102
2.4.2.2.1. Magnitud de la pena en el delito de peculado.....	102
2.4.2.2.2. Instrumentos relativos al juzgamiento y sanción.....	104
2.4.2.3. Instrumentos de política social.....	106
2.4.2.3.1. Instrumentos de promoción del control social ...	106
2.4.2.3.2. Instrumentos de transparencia y acceso a la información pública.....	108
2.5. Análisis económico de los instrumentos de política anticorrupción. Período 1998 – 2014	111
2.5.1. Diseño institucional	112
2.5.2. Instrumentos de política criminal	114
2.5.3. Instrumentos de política social	120

3. DISUASIÓN CRIMINAL DEL CONTROL ANTICORRUPCIÓN

<i>Política criminal y comportamiento estratégico</i>	
<i>Una aplicación al caso de Ecuador.....</i>	122
3.1. Política criminal anticorrupción en Ecuador y disuasión.....	123
3.1.1. Aplicación del modelo teórico de disuasión criminal.....	124
3.1.1.1. Proceso de detección.....	125
3.1.1.1.1. Denuncia ciudadana de actos de corrupción.....	126
3.1.1.1.2. Determinación de responsabilidades por la Contraloría General del Estado.....	129
3.1.1.2. Proceso de juzgamiento y sanción.....	131
3.1.1.2.1. Resultados del juzgamiento de delitos de corrupción pública	131
3.1.1.2.2. Revisión de sentencias de delitos de peculado.....	133

3.2. Disuasión criminal y comportamiento estratégico.....	142
3.2.1. Modelo de disuasión de la corrupción pública	144
3.2.1.1. Modelo de disuasión criminal en percepción de	
impunidad.....	161
3.2.1.2. Consideraciones sobre la aplicación del modelo.....	166
3.2.2. Comportamiento estratégico de la burocracia.....	168
CONCLUSIONES.....	174
BIBLIOGRAFÍA.....	184
ANEXOS.....	193
 APÉNDICE N° 1	
Resultados Encuesta Nacional de Corrupción y Buen Gobierno, ENCBG	193
APÉNDICE N° 2	
Resultados Acción institucional de control de la Comisión de Control Cívico de la Corrupción, CCCC	194
APÉNDICE N° 3	
Resultados del Juzgamiento de casos de la CCCC	195
APÉNDICE N° 4	
Variaciones magnitud de la pena delitos de cohecho, concusión y enriquecimiento ilícito	196
APÉNDICE N° 5	
Variaciones magnitud de la pena delito de peculado	199
APÉNDICE N° 6	
Casos emblemáticos denunciados por la CCCC. Período 1998	203
APÉNDICE N° 7	
Normas prejudicialidad enjuiciamiento peculado y enriquecimiento ilícito	207
APÉNDICE N° 8	
Mecanismos de participación y control social. Período 2008	208
APÉNDICE N° 9	
Designación de autoridades por el CPCCS	210
APÉNDICE N° 10	
Resultados del juzgamiento de casos de cohecho, concusión peculado y enriquecimiento ilícito	211
APÉNDICE N° 11	
Revisión comparada de casos de estudio sobre la irracionalidad y desproporcionalidad de la norma penal	213
APÉNDICE N° 12	
Resultados de la acción de la Contraloría General del Estado	214
APÉNDICE N° 13	
Aplicación Modelo de Becker a casos de la CCCC	215
APÉNDICE N° 14	
Ámbitos agenda anticorrupción a nivel internacional	223

RESUMEN

El control anticorrupción, como parte de la política criminal de un Estado, es parte del proceso de distribución de los recursos públicos y requiere la racionalización y evaluación de los instrumentos, medidas y políticas que se aplican. Las políticas de control deben cumplir dos objetivos básicos: por una parte, que los sistemas de control generen incentivos adecuados en los agentes públicos y privados, que disuadan los comportamientos ilícitos; y por otra, la necesidad de mejorar la eficiencia y distribución de recursos en su aplicación.

La teoría económica del comportamiento criminal, formulada por Gary Becker (1968) propone el abordaje de esta clase de comportamiento humano, a partir de criterios de elección racional basados en las preferencias de los agentes y sus incentivos, donde el derecho penal y la política criminal deben orientarse a minimizar el costo social del delito, el que es igual a la suma del daño que causa y el costo de perseguirlo.

El modelo de disuasión criminal planteado por Becker, orienta el análisis del control anticorrupción, a considerar los criterios racionales de un agente que elige incurrir en actos ilícitos, sin consideraciones de categoría moral, sino a partir del análisis de las preferencias estables, en aplicación de la teoría microeconómica. Este abordaje permite continuar con un análisis de incentivos en un contexto racional de elección y realizar predicciones sobre posibles comportamientos estratégicos de los agentes, frente a los instrumentos de disuasión que aplica el Estado, para incrementar la probabilidad de sanción.

Desde este planteamiento teórico se analiza el caso de Ecuador, cuyo punto de partida es el levantamiento de información sobre el proceso de aplicación de instrumentos de política criminal y social, orientados al control de la corrupción pública, en los períodos constitucionales de 1998 - 2008, información a partir de la cual, se aplica el modelo de disuasión criminal a la actividad de control anticorrupción, ejercicio que permite evaluar algunos comportamientos estratégicos posibles, así como la racionalidad económica y la eficacia de las políticas de control de la corrupción pública y sus instrumentos.

La investigación propone el análisis de la actividad de control en el caso de Ecuador, a partir de un “Modelo de Disuasión de la Corrupción Pública”, que permite identificar la función de utilidad individual de los agentes públicos y privados, considerando los incentivos y restricciones que generan los instrumentos de control, juzgamiento y sanción; y, su capacidad de influencia en la maximización de la función de utilidad individual de los agentes y su decisión de incurrir o no en comportamientos ilícitos.

ABSTRACT

Anti-corruption control, as part of State Policy against crime, is pivotal when addressing the distribution of public resources. The instruments, measures and policies applied to rationalize and evaluate are based on two basic objectives: 1. Control systems, to generate appropriate incentives for the public and private agents, to deter unlawful conduct; and 2. The need to improve efficiency and distribution of resources in Policy implementation.

The economic theory of criminal behavior (Becker, 1968) proposes addressing this kind of human behavior, based on criteria of rational choice, according to agents' preferences and incentives, where criminal law and criminal policy should aim towards minimization of the social cost of crime, which is equal to the sum of the damage caused, and the cost of pursuit.

The criminal deterrence model proposed by Becker, is aimed at controlling corruption activity, to consider criteria for a rational agent chooses commit unlawful acts, without regard to moral category, based on the analysis of stable preferences. Incentives analysis can continue in a rational context of choice and make predictions about potential strategic behavior of agents versus control policies that can apply the rule.

A theoretical approach was applied to the case of Ecuador, taking as its starting point the process of implementing instruments of criminal and social policy, aimed at controlling public corruption, constitutional periods of 1998 - 2008. Readily available information from the criminal deterrence model was applied to the process of prosecuting and punishing acts of public corruption.

The thesis apply the "Model of Deterrence of Public Corruption" to identifies the individual utility function of the agents and the variables that make up the subjective probability of punishment, elements that allow an approach to incentives and restrictions contained in the instruments of control, prosecution and punishment in the case of Ecuador; and their influence on the maximization of individual utility function of the agents, as well as their decision to engage in unlawful behavior. Its application allows to assess the economic rationality and effectiveness of control policies and instruments of public corruption.

ABREVIATURAS

CIC	Convención Interamericana contra la Corrupción
COIP	Código Integral Penal, vigente 2014
CP	Código Penal Ecuatoriano, 1971
CPP	Código de Procedimiento Penal, 2002
CCCC	Comisión de Control Cívico de la Corrupción
CNUCC	Convención de las Naciones Unidas contra la Corrupción
CPCCS	Consejo de Participación Ciudadana y Control Social
ENCBG	Encuesta Nacional de Corrupción y Buen Gobierno
INCBG	Índice Nacional de Corrupción y Buen Gobierno
IP	Indagación Previa
IPC	Índice de Percepción de la Corrupción
LAPOP	Proyecto de Opinión Pública de América Latina
MESICIC	Mecanismo de Seguimiento e Implementación de la Convención Interamericana contra la Corrupción
NEI	Nueva Economía Institucional
op. cit.	Obra citada
p.	página
p.e.	Por ejemplo
pp.	Páginas
Pág. Web	Pagina Web
RO	Registro Oficial. (Boletín Oficial del Estado ecuatoriano)

INTRODUCCIÓN

La teoría económica del comportamiento criminal (Becker, 1968; 1978), propone el abordaje de esta clase de comportamiento humano, a partir de criterios de elección racional basados en la preferencias de los agentes y sus incentivos, donde el derecho penal y la política criminal deben orientarse a minimizar el costo social del delito, el que es igual a la suma del daño que causa y el costo de perseguirlo.

El criterio económico del costo social se incorpora al análisis del derecho penal, como un criterio normativo útil para su aplicación en las políticas públicas, a partir de la aplicación de dos de sus objetivos básicos: la eficiencia y la distribución. (Cooter y Ulen, 1998:14).

El control anticorrupción considerado como un segmento de las políticas de control de un Estado, es parte del proceso de distribución de los recursos públicos y requiere la racionalización y evaluación de instrumentos, medidas y políticas, a partir de criterios económicos de análisis y administración, que permitan mejorar la eficiencia y distribución de los recursos escasos.

El análisis económico del derecho recurre a criterios económicos para el análisis del comportamiento humano frente a las sanciones provenientes del sistema jurídico, con el fin de pronosticar los efectos de las sanciones legales sobre el comportamiento, donde las sanciones se interpretan como precios con el fin de aplicar las teorías matemáticas de precios y comportamiento estratégico, como métodos empíricos para el análisis de los incentivos en el comportamiento, a través de la estadística, la econometría y la teoría de juegos.

La presencia en una sociedad de incentivos elevados hacia la corrupción, aplicables a criterios generales de racionalidad de un agente promedio, puede revelar la presencia de problemas de diseño en los instrumentos de sanción y control creados por el Estado y sus instituciones, así como también la existencia de una brecha en el proceso de implementación de los instrumentos y las políticas *“Implementation GAP”*.

Esta situación plantea de necesidad de un mayor proceso de análisis y observación de los instrumentos y medidas de política existentes, así como también su comportamiento en las diferentes etapas del ciclo completo de la política pública: diseño, formulación, implementación y evaluación.

A partir de la investigación previa al trabajo doctoral, se parte de la presencia de varios síntomas relativos a la existencia de distorsiones en el funcionamiento de los mecanismos de control, juzgamiento y sanción, donde la pregunta central de la investigación que orienta el análisis de esta brecha en el proceso de implementación de la política, parte de la pregunta sobre *¿Cuál es el grado de racionalidad y disuasión de los mecanismos de control de la corrupción que aplica el Estado, respecto del comportamiento de los ciudadanos?*.

Desde este primer cuestionamiento, se ubica como punto de partida el análisis de los efectos logrados, respecto de los efectos esperados, en el proceso de aplicación de las sanciones y sus procesos de reforma, con el fin de evaluar la racionalidad y eficacia de las políticas relacionadas al control de la corrupción y sus instrumentos.

El análisis de disuasión de la política criminal orientada al control de la corrupción, parte para ello de considerar los criterios racionales de un agente que elige incurrir en actos de corrupción, sin consideraciones de categoría moral, a partir del análisis de las preferencias estables (Becker, 1978:5) supuesto que permite continuar con el análisis de incentivos en un contexto racional de elección.

El contexto teórico para el análisis del fenómeno de la corrupción se realiza por tanto a partir de la interrelación de varios aportes teóricos en la línea de la teoría económica, la elección racional y el análisis de posibles comportamientos estratégicos de los agentes públicos y privados, respecto de las estrategias de política formuladas por el Estado y sus instituciones.

La elección racional y la teoría de juegos, parten del criterio de que los comportamientos corruptos constituyen una libre elección de sus agentes, lo que hace aplicable a esta clase de comportamientos, los criterios de análisis de la teoría microeconómica del comportamiento humano, para cuyo análisis el diseño de la investigación propone la aplicación de los elementos del modelo teórico de comportamiento criminal planteado por Gary Becker, 1968¹, el que permite identificar variables de relación a partir las cuales se pueden analizar los posibles comportamientos estratégicos de los agentes, para llegar a comportamientos cooperativos legales o a su vez orientados a la corrupción.

Desde la perspectiva económica, el comportamiento humano hacia la corrupción constituye un problema de elección individual, cuyo tratamiento requiere como punto de partida, tener nociones sobre los criterios de elección, que desde la microeconomía estarían determinados por la maximización de la función de utilidad individual de los agentes, su relación con los incentivos y restricciones que provienen de su entorno socioeconómico y para efectos del presente trabajo, especialmente respecto de su relación con los incentivos de la política criminal, a partir de los instrumentos de control, juzgamiento y sanción.

Gary Becker al hablar de la utilidad esperada por el cometimiento de delitos, desarrolla los postulados de la teoría de la disuasión, de la que se concluye que las personas que delinquen son aquellas que obtienen un beneficio mayor como resultado del acto y que los disuadidos son aquellas personas que obtienen un beneficio menor, niveles de utilidad que pueden reducirse a través de los mecanismos institucionales de control y sanción, que se integran en lo que el autor denomina como la probabilidad de sanción.

Esta función de las instituciones, las convierte en mecanismos de disuasión, por lo que el funcionamiento de los sistemas de control anticorrupción y la respuesta de los agentes frente a su aplicación, permite tener una noción del grado de eficiencia del diseño

¹ Gary Becker, G. S. Becker, "Crime and punishment: an economic approach," Journal of Political Economy, vol. 76, pp. 169-217, 1968.

institucional y de las condiciones de funcionamiento de los instrumentos de control que incentivan o disuaden a los agentes públicos y privados en la elección de corromperse.

La investigación aplica los fundamentos teóricos al análisis del caso ecuatoriano, dado el grado de conocimiento y observación del mismo, a partir del cual se han identificado las preguntas principales que orientan esta investigación y que pretenden evidenciar los incentivos perversos que se generan en la aplicación de los instrumentos y políticas de control de la corrupción.

Para ello se asume la hipótesis formulada por el modelo de disuasión criminal, que centra el análisis en la valoración de los incentivos que generan los sistemas de control, a partir de la probabilidad de que las sanciones sean efectivamente aplicadas, lo que pone en evidencia la capacidad institucional de control y sus dinámicas de funcionamiento, a partir de la interacción de agentes públicos, privados y/o políticos, así como también la presencia de problemas en el contenido de las normas penales, su proceso de juzgamiento y en la aplicación de efectiva y oportuna de sanciones.

La presencia de factores que reducen eficacia y disuasión de los instrumentos de política criminal, generan problemas de impunidad y pueden ser sintomáticos de la presencia de condiciones de deterioro en la institucionalidad y la presencia de problemas de corrupción sistémica,² condición que neutraliza la funcionalidad del sistema de control del Estado, distanciándolo de su nivel óptimo de eficiencia.

La estructura de la investigación tiene un enfoque de *análisis de políticas públicas*, a partir de la aplicación de criterios de análisis económico al control de la corrupción en un caso de estudio; la investigación parte de un ejercicio de observación y análisis de los

² La corrupción sistémica es aquella que se produce cuando la organización de las instituciones a las que les corresponde garantizar la correcta organización, gestión y control gubernamental, se convierten en medios que favorecen los comportamientos corruptos y la impunidad. Según Thomas y Meagher (2004) conforme el nivel de impacto en la estructura institucional, la corrupción puede ser sistémica e individual o de oportunidad, cita tomada de: Salinas Jiménez, María del Mar/Javier, *Corrupción y actividad económica: una visión panorámica*, Hacienda Pública Española /Revista de Economía Pública, 180-(1/2007):109-137, 2007, p. 5

procesos de aprendizaje que debe asumir el Estado a través de sus agentes; y, la necesidad de incorporar nuevas técnicas de para el análisis y evaluación de las políticas aplicadas, orientación a partir de la cual, la articulación de los contenidos se organiza en tres capítulos, un apartado de conclusiones del proceso de investigación y los apéndices explicativos requeridos.

El Capítulo 1 es una introducción teórica sobre el estado del arte en torno a la investigación de la problemática de la corrupción, sus tipologías, índices y encuestas internacionales existentes, el estado de la literatura académica y la justificación de los criterios económicos de análisis aplicables al control de la corrupción, a partir de la enunciación de los postulados teóricos del modelo de disuasión criminal de Becker (1968) y los criterios para su aplicación en al ámbito del control anticorrupción; así como también la articulación de los criterios de la teoría económica del comportamiento burocrático (Niskanen,1971) y la teoría del Public Enforcement of Law (Polinsky and Shavell, 2007).

En el capítulo II se inicia con el abordaje de contexto del Ecuador como caso de estudio, el mismo que se encuentra alineado a los referenciales globales de la agenda anticorrupción, a partir de la ratificación de los principales instrumentos internacionales en la materia: la Convención Interamericana contra la Corrupción, CIC; y, la Convención de Naciones Unidas contra la Corrupción, punto que se aborda inicialmente, para luego entrar al estudio principal que orienta el contenido del Capítulo, mediante una revisión de las políticas públicas aplicadas en el Ecuador, en materia de control.

Para la identificación del contexto aplicable al Ecuador durante el período de estudio, se parte de una breve introducción a su historia democrática, relativa al período de estudio; y, se ubican los resultados de valoración del país, a partir de los índices internacionales sobre la percepción ciudadana de corrupción, niveles de buen gobierno y democracia.

Una vez determinada la información de contexto, se ubican y analizan a partir de criterios económicos, las estrategias de control del Estado, durante la vigencia de los periodos constitucionales 1998 y 2008, las que se clasifican en tres ámbitos: (1) diseño institucional; (2) políticas sociales: relativas al control social; y, a mecanismos de transparencia y acceso a la información pública; y, finalmente (3) los instrumentos de política criminal,³ que se asocian con las variables del modelo de disuasión criminal, por lo que se clasifican en los delitos de corrupción pública y magnitud de la pena: cohecho, concusión, peculado y enriquecimiento ilícito; y, los instrumentos relativos al juzgamiento y sanción.

El desarrollo del Capítulo III a partir de la perspectiva general de los instrumentos de política aplicados desarrollada en el Capítulo previo, centra el estudio en la *Política Criminal* en el caso de estudio, para ello se parte de la aplicación de las nociones teóricas del modelo de Becker, en el análisis de los instrumentos de política más relevantes aplicados en Ecuador, que se relacionen con la probabilidad subjetiva de sanción; para ello, se estructura el análisis, a partir de dos ámbitos principales de la actividad de control, que se relacionan con la probabilidad subjetiva de sanción: (1) el proceso de detección: donde se analizan las acciones relativas a la denuncia ciudadana de actos de corrupción y a las acciones de control externo de la Contraloría General del Estado; (2) el proceso de juzgamiento y sanción: donde se identifican tendencias en el juzgamiento de los delitos de corrupción pública en los delitos de cohecho, concusión, peculado y enriquecimiento ilícito y por otra parte se realiza el levantamiento de información a partir de la revisión de sentencias relativas al recurso extraordinario de casación, en casos de peculado.

El acercamiento a datos reales sobre el proceso de juzgamiento, se realiza además con el objetivo de utilizar dicha información en la aplicación del modelo de disuasión criminal, que constituye el siguiente punto del análisis, que se orienta a la identificación de las

³ Jiménez de Asúa distingue la Política Criminal de la Política Social y ubica a la prevención de la comisión de delitos en las políticas sociales; y, el rol de la política criminal una vez que el delito ha sido cometido, citado en Rivera 2005: 25 - 26.

relaciones entre el beneficio esperado y la sanción esperada de los agentes, que integran la función de utilidad de los agentes, respecto de la probabilidad de aplicación efectiva de la sanción. La aplicación práctica del modelo se orienta a la ubicación de los elementos que debe contener un modelo de comportamiento real, que permita operacionalizar los postulados teóricos planteados por Becker, que puedan brindar una herramienta de análisis y evaluación de la política criminal de control anticorrupción, a partir de criterios económicos que permitan orientar la vigencia de la política, a niveles óptimos de control, conforme lo plantea la teoría del Public Enforcement of Law (Polinsky and Shavell, 2007).

El capítulo concluye con el análisis del comportamiento burocrático respecto de posibles casos de corrupción, a partir de la teoría formulada por Niskanen y del análisis de la corrupción como un problema de agencia.

En este sentido, los resultados de la investigación permiten tener un acercamiento a la actividad del sistema administrativo y judicial en el ámbito anticorrupción y las relaciones entre su funcionamiento y capacidad administrativa de respuesta, las normas jurídicas de juzgamiento y sanción; así como la importancia de la independencia en el ejercicio de estas actividades; información a partir de la cual, se realiza un importante esfuerzo metodológico para la estructuración y articulación de categorías que permitan contar con modelos alternativos de análisis y evaluación de la política de control anticorrupción, a partir de criterios económicos.

CAPITULO I

PERSPECTIVA ECONÓMICO INSTITUCIONAL

DE LA CORRUPCIÓN Y SU CONTROL

1.1. La corrupción como problema público

Las interacciones entre actores de la sociedad, Estado y economía, así como sus lógicas políticas, burocráticas, económicas y sociales, inciden en la configuración de la actividad de control y en los resultados esperados de esta acción, en los países con regímenes democráticos.

Los problemas locales, regionales y globales de los procesos democráticos se encuentran matizados por diversas formas de corrupción en lo público, que movilizan la denuncia y la demanda de control desde la ciudadanía, develando nociones en disputa en torno al uso, administración y distribución de lo público (Bresser y Cunill, 1998; Cunill, 2000).

A partir del Ecuador como caso de estudio, la investigación devela un fenómeno global, en torno a la crisis de confianza en las democracias, que se convierte en un problema institucional (Ramírez, 2011), que reconfigura las dinámicas de relación entre actores de la sociedad civil y el Estado, a partir de nuevas formas, dispositivos y mecanismos de control de lo público, que se consideran como expresiones de las dinámicas de contrabalanceo del poder en democracia.

En este sentido, la aplicación de criterios económicos al análisis del funcionamiento de la política de control de la corrupción, se orienta a proponer y validar una metodología para la evaluación de los instrumentos y medidas de una política pública, que a partir de criterios económicos pueda evidenciar las diferentes posibilidades de racionalizar los

procesos de administración de las políticas públicas como ámbito de investigación.

1.1.1. La corrupción a partir de nociones económicas

El análisis del comportamiento de los agentes requiere de una noción conceptual sobre el fenómeno de la corrupción y sus modalidades posibles, concepto que según Francisco Laporta es el resultado de una interacción donde “... un agente investido de autoridad toma una decisión respecto de un ciudadano o persona jurídica privada o pública, de forma que tal decisión genera para el agente (o para una organización, partido o círculo al que pertenezca el agente) -a través de una transferencia de recursos del sector público o del privado- una ganancia personal. De esta forma la función pública es convertida ilícitamente en una fuente de enriquecimiento privado.”⁴

El mismo autor describe a la corrupción como una “conducta que se desvía de los deberes formales de un cargo público a causa de ganancias (pecuniarias o de *status*) de tipo privado (personal, familiar o de grupo)”⁵, comportamiento que se convierte en un problema público, desde la perspectiva de la economía, a partir del incremento de los costes sociales, que origina esta actividad; y, de la necesidad de que las instituciones de regulación y control en materia penal y administrativa, se orienten a niveles óptimos de control (Polinsky and Shavell 2007).

Para la delimitación del análisis, se parte de la corrupción como una desviación del comportamiento acordado social, política e institucionalmente, en un Estado democrático, que se produce cuando la obtención del beneficio se genera a pesar de encontrarse el comportamiento prohibido y sancionado, no permitido o permitido previo el cumplimiento de ciertos requisitos, por lo que se entenderán como actos de corrupción aquellos que se

⁴ Laporta, Francisco; Álvarez, Silvina (editores).- La corrupción política, Alianza Editorial S.A., Madrid, 1997, p.p. 20, 21.

⁵ Ob. cit, p. 20

producen al margen del derecho,⁶ sea por omisiones o acciones prohibidas, así como por la aplicación de mecanismos de elusión.

El control del comportamiento en los casos de corrupción pública constituye un problema de política criminal, que a partir de criterios económicos, se analiza como un problema de asignación de recursos, de esta manera se produce la búsqueda simultánea de la protección del Estado y los recursos públicos, como la necesidad de una asignación eficiente de recursos, a partir del funcionamiento óptimo de las instituciones de control.

Aplicando criterios económicos, una de las condiciones para que existan *acuerdos en corrupción* en el ámbito público, es la existencia de lo que se podría asimilar a un *poder de monopolio* por parte de los agentes de la función pública, el que se refiere a un mercado que tiene básicamente un solo vendedor y muchos compradores, interpretación aplicable a la gestión pública, pues los servicios o contratos públicos constituyen beneficios que se prestan con exclusión por parte del Estado, lo que genera en consecuencia, que el funcionario que tiene información y capacidad de decisión en estas actividades, tenga una posibilidad excluyente, asimilable a la de *único proveedor*,⁷ respecto de la oferta de la prestación del servicio o contratación relacionada con el ejercicio de su cargo. Y por otra parte, los agentes privados o posibles *compradores* interesados en la prestación del servicio o en el acceso a relaciones contractuales con la Administración Pública, son varios e independientes. Condiciones a partir de las cuales, bajo determinados incentivos, los agentes público y privado pueden incurrir en prácticas de corrupción a cambio de un *precio* o una contraprestación, que

⁶ Según Sutherland y Cressey, en la obra *Principles of Criminology*, Chicago 1960, existe comportamiento desviado cuando son violadas las leyes penales, tomado de *Teorías de la Criminalidad*, por Siegfried Lamnek, Siglo Veintiuno Editores, S.A. de C.V., 5ª Edición, México 2002, p. 16.

⁷ En la prestación de los servicios públicos, el universo de funcionarios que pueden tener capacidad de acceso e influencia para el cometimiento de actos de corrupción, es determinado, pues es inherente al ejercicio de funciones públicas específicas. No obstante, a efectos de evadir el control y la responsabilidad inherentes al cometimiento de actos de corrupción, su ejecución se produce a través de grupos o redes que obedecen a una lógica de cartel.

en función de su expectativa de sanción, les otorguen un nivel de beneficio mayor al de la sanción esperada (Becker, 1968).

Por otra parte, los beneficios que se proveen, en el caso de la prestación de servicios públicos, no tiene *sustitutos*, por lo que existe capacidad del proveedor para *afectar el precio*, que en el caso del funcionario orientado al cometimiento de actos de corrupción implica la posibilidad de establecer determinadas *barreras de entrada* en función de sus incentivos para la cooperación en corrupción.

Respecto de la *información*, se observa que la burocracia en sus diferentes niveles de actividad, cuenta con información administrativa y técnica sobre los procesos en los que toma decisiones y por tanto conoce su operatividad y a las personas que interactúan en estos ámbitos, así como también sus niveles de decisión e influencia, circunstancia que le otorga al burócrata el dominio sobre información relevante, a la que le asigna un precio y un nivel de utilidad individual.

Por otra parte, la *noción económica de contrato*, se refiere a conductas en función de contingencias futuras que se contienen en acuerdos de voluntades, la misma que aplicada a la corrupción,⁸ puede interpretarse como un acuerdo de voluntades, que implica la existencia de al menos dos partes –agente público y privado–, un objeto de acuerdo –prestación del servicio ilícitamente–; y un mercado con características propias, que a su vez puede estar segmentado, p.e. corrupción política y burocrática; interacción que genera externalidades negativas que requieren políticas y mecanismos para su reducción, conforme a su propia lógica de funcionamiento.

⁸ Dado que los acuerdos en corrupción constituyen delito, y por tanto jurídicamente tienen objeto y causa ilícita, el análisis no se realiza a partir de la noción de contrato en el ámbito jurídico, no obstante el análisis teórico a partir de la noción económica de contrato enriquece el análisis de la problemática y puede aportar criterios para abordarla desde una perspectiva económica.

1.1.2. Tipologías de la corrupción

En cuanto a las formas en las que se manifiesta la corrupción, la misma se describe siguiendo la clasificación y desarrollo citados por María del Mar y Javier Salinas Jiménez, que siguiendo a Thomas y Meagher (2004)⁹ y Shleifer y Vishny (1993),¹⁰ diferencian tipos de corrupción según las rentas, agentes que intervienen, alcance y nivel de impacto en la estructura institucional de control y en la apropiación ilícita de los recursos públicos.¹¹

i) “Gran corrupción y pequeña corrupción”.- clasificación que se plantea en función de las rentas implicadas. La primera se relaciona con los comportamientos corruptos de grupos de poder y su capacidad de gestionar cuantitativamente niveles elevados de recursos y rentas en corrupción, también se denomina corrupción política o de cuello blanco; por otra parte, la pequeña corrupción se refiere a aquella en la que se involucra la burocracia y que tiene por tanto un nivel de incidencia distinto respecto de las decisiones públicas.¹²

ii) “Corrupción sistémica e individual o de oportunidad”.- esta clasificación parte del nivel de incorporación de los comportamientos de corrupción en la estructura institucional de control y sanción. La corrupción sistémica revela la “calidad institucional”, y como la organización y funcionamiento de las instituciones a las que les corresponde garantizar la

⁹ Thomas, M.A., y Meagher, P. (2004): “A corruption primer: an overview of concepts in the corruption literature”, IRIS Discussion Paper 04/03.

¹⁰ Shleifer, A., y Vishny, R. (1993): “Corruption”, The Quarterly Journal of Economics, 108(3): 599-617. <http://www.economics.harvard.edu/faculty/shleifer/files/corruption.pdf>

¹¹ Desarrollo clasificación paráfrasis, Salinas Jiménez, María del Mar/Javier, “Corrupción y actividad económica: una visión panorámica”, Hacienda Pública Española /Revista de Economía Pública, 180-(1/2007):109-137, 2007, p. 113

¹² En el ámbito de la corrupción política intervienen grupos de poder político y económico con acceso a la gestión y decisión sobre ámbitos con un elevado nivel de impacto económico y social, tanto por lo que en términos cuantitativos puede representar la trascendencia de sus decisiones, como por el universo de personas que se verían afectadas por las mismas, lo que genera diferencias en cuanto al acceso, en razón del precio, personas con capacidad de acceder al mercado, flujo y manejo de la información, así como el nivel de impacto de las externalidades negativas que generan. En cuanto al ámbito de la corrupción burocrática, ésta se refiere básicamente al ámbito de gestión de las actividades administrativas y de prestación de servicios que se desarrollan a nivel funcional, tales como: obtención de bienes, servicios o contratos, lo que implica un mayor nivel de acceso por parte de los agentes privados, con un menor nivel de impacto económico individual. No obstante, la existencia reiterada de esta clase de actos en suma pueden generar importantes niveles de impacto económico.

correcta organización y gestión públicas, se convierten en medios para comportamientos corruptos. En tanto que en la corrupción individual las “instituciones formales” no son parte del sistema de corrupción y tienen capacidad de limitarla y controlarla.

iii) “Captura del Estado y corrupción administrativa”.- esta clasificación se refiere a la capacidad de los agentes públicos para “diseñar e implementar” normas. La corrupción de “captura del Estado” busca influir en la formulación de leyes, regulación o políticas públicas. La corrupción administrativa se refiere a “distorsiones” que se introducen en la fase de implementación de las decisiones adoptadas.

iv) “Corrupción extractiva y colusiva” Sheleifer y Vishny (1993): En función de la existencia o no de una apropiación de recursos públicos por parte de los agentes del comportamiento, clasificación relevante pues afecta a los costos de transacción y a los incentivos de los agentes para el ocultamiento del acto ilícito.

“Corrupción sin robo o extractiva” es aquella en la que la provisión del bien o servicio se produce al precio oficial, que es percibido por el Estado, pero adicionalmente se produce el cobro de una comisión o cantidad adicional por parte del agente público. En este caso el costo de la obtención del beneficio es superior – precio y soborno- lo que puede ser un incentivo para la denunciar el acto en caso de prestación de servicios públicos, incentivo para denunciar que se reduce cuando el pago permite la obtención de un bien que no podría obtener sin el pago de la comisión, p.e. adjudicación ilícita de contratos, o cuando los mecanismos de control y sanción no funcionen correctamente.

“Corrupción colusiva o con robo” es la que se produce cuando la provisión del bien o servicio permanece oculta y el agente público “recibe íntegramente” el importe que paga el comprador, el que puede ser menor al precio oficial; caso en el cual se aumentan los incentivos de los agentes para ocultar el acto, pues éste permite reducir los costes de

adquisición del bien o servicio en el caso del privado y puede generarle al agente público, un ingreso mayor que el de la corrupción “extractiva o sin robo”.

Partiendo de las diferentes tipologías de corrupción, a partir de criterios¹³ de precio, escala, flujo de información y clases de externalidades negativas, para efectos del estudio, se destacan dos ámbitos o *submercados* de corrupción perfectamente diferenciados: la corrupción política y la burocrática, clasificación que permite evidenciar los dos tipos de agentes que están presentes en la gestión pública: el patrocinador y la burocracia (Niskanen, 1971) y sus diferentes tipos de incentivos.

La corrupción política y burocrática puede desarrollarse en contextos de corrupción sistémica o de oportunidad, las cuales generan diferentes tipos de externalidades. Se denomina corrupción sistémica a aquella que incluye problemas de corrupción en el funcionamiento de los sistemas de control sea administrativo o judicial, la cual reduce los niveles de control y afecta negativamente a la probabilidad de sanción.

Entre los costos de transacción de incurrir en actos de corrupción se encuentran los relativos a acceder al sistema, mantener el ilícito oculto, así como evadir el control y el juzgamiento, costos que son trasladados en parte al funcionamiento del sistema de control, sea por la ineficiencia de las instituciones, así como también, por prácticas de corrupción encaminadas a evadir el juzgamiento y sanción, lo que incorpora a la impunidad y los criterios de optimización, como problemáticas de la actividad de control.

1.1.3. Estudios sobre la corrupción y su control

Las nociones conceptuales provenientes del proceso histórico de consolidación de los Estados modernos y del Estado liberal como Estado de derecho, son la base positivista del análisis de la corrupción como problema público.

¹³ Criterios de análisis tomados referencialmente de "Regulating Prostitution: A Comparative Law and Economics Approach" por Rocío Albert, Fernando Gomez y Yanna Gutierrez.

En este contexto, el concepto de corrupción más citado en la academia es el propuesto por Joseph Nye, quien la describe como "...un comportamiento que se aparta de los deberes normales de la función pública debido a que atiende a lo privado (familia, allegados) o ganancias pecuniarias o de estatus; o quebranta las reglas hacia el ejercicio de ciertos tipos de influencia que atienden a lo privado. Esto incluye comportamientos tales como el soborno (el uso de recompensas para pervertir el juicio de una persona en posición de confianza); el nepotismo (el otorgamiento de patrocinio por razones de relación atribuida en lugar de méritos); y la malversación de los fondos públicos para usos privados (Nye, 1967).¹⁴

Este concepto refleja la tendencia de las ciencias jurídicas de objetivar los comportamientos corruptos que rompen con el acuerdo social basado en el Estado de Derecho y que deben someterse a una sanción a partir de un sistema de reglas jurídicas de carácter coercitivo.

Para ello, la organización del Estado se basa en el imperio de la Ley, la división de poderes, la legalidad de los actos de los poderes públicos, los derechos y libertades fundamentales, así como la legalidad de las actuaciones de la administración y el control administrativo y judicial de las mismas.

La facultad coercitiva del Estado frente a conductas consideradas criminales, condiciona al comportamiento individual, a adoptar límites a partir de supuestos previstos en normas penales, con el fin de evitar un comportamiento individual que ocasione la ruptura de

¹⁴ En concordancia con el concepto propuesto por Nye, Caiden define a la corrupción como: "el comportamiento que se desvía de los deberes formales de una función pública a causa de lo privado (personal, círculo familiar cercano, interés de grupos), de las ganancias pecuniarias o de "status"; o viola las reglas hacia el ejercicio de ciertos tipos de influencia privada. [...] La corrupción busca a tomadores de decisiones claves y los funcionarios más poderosos" (Caiden, 1988:12). Por su lado, Francisco Laporta y Silvina Álvarez (1997), en sintonía con las nociones conceptuales previas, se centran en la decisión de los agentes y su carácter ilícito. Definen a la corrupción pública como una "conducta que se desvía de los deberes formales de un cargo público a causa de ganancias (pecuniarias o de status) de tipo privado (personal, familiar o de grupo)", lo que implica que "... la función pública es convertida ilícitamente en una fuente de enriquecimiento privado." Para estos autores "... el esqueleto descriptivo es siempre el mismo: un agente investido de autoridad toma una decisión respecto de un ciudadano o persona jurídica privada o pública, de forma que tal decisión genera para el agente (o para una organización, partido o círculo al que pertenezca el agente) -a través de una transferencia de recursos del sector público o del privado- una ganancia personal" de carácter ilícito (Laporta y Álvarez, 1997: 20- 21).

un orden legal.¹⁵ Esta perspectiva permite incorporar criterios económicos al estudio de la corrupción y su control, como un problema de elección racional, que responde al conjunto de incentivos que incorpora el diseño de las instituciones de control y los resultados de su funcionamiento.

A partir de las ciencias sociales la problemática es analizada desde diferentes paradigmas, los que se distinguen en la interpretación teórica de la corrupción como fenómeno, sus métodos de abordaje y el análisis de las posibles causas, efectos, medidas e instrumentos de control.

Los criterios académicos en torno a la corrupción en la década de los 90, parten de las diferentes formas de comprender el desarrollo económico y el Estado como regulador del orden social (Leff, 1964; Leys, 1965; Huntington, 1968 citados en Uribe, 2010), lo que ha orientado al ámbito de estudio hacia la comparación de los grados de “desarrollo” de los países.

Después de la Segunda Guerra Mundial surge como paradigma teórico dominante el conductismo y la elección racional, con gran predominio en las ciencias sociales, especialmente en la ciencia política, la economía y el derecho, a partir de la escuela anglosajona.

Este paradigma gira en torno al análisis del comportamiento humano, sus incentivos y elecciones, donde confluyen la teoría de elección racional, la teoría de juegos, la teoría de la elección pública. Estas líneas de investigación incorporan con énfasis los criterios económicos y matemáticos en la Ciencia Política, desde la escuela de la elección pública o *public choice* (Buchanan, 1986; Stigler, 1982; Becker, 1968) y en las ciencias jurídicas desde el *análisis económico del derecho* (Posner, 1998; Cooter y Ulen, 1998); y, en lo relativo al

¹⁵ En el ámbito jurídico se encuentran trabajos principalmente a partir del derecho penal y la criminología. La mayor falencia de las explicaciones que se restringen a las normas es que generan conclusiones tautológicas: “un país tiene mayor corrupción porque sus normas son más favorables a la corrupción” (Bardhan, 1997).

control y al cumplimiento de la Ley, cabe citar “*The Theory of Public Enforcement of Law*” (Polinsky and Shavell, 2007).

Desde la economía del delito, Gary Becker resaltó el aporte que constituye para la política criminal el análisis de esta clase de comportamientos, a partir de criterios económicos, señalando al respecto: “[s]ince economists generally have little to contribute, especially in recent times, to the understanding of how preferences are formed, preferences are assumed not to be very different between wealthy and poor persons, or even between persons in different societies and cultures.[...] (Becker, 1978: 5)

Becker en su planteamiento teórico parte de que las preferencias fundamentales de la vida en sociedad son estables y diferencia aquellas relativas a los mercados de bienes o servicios, de las preferencias estables entre las que menciona: la salud, riqueza, placer, entre otras; las cuales permiten formular hipótesis sobre los efectos de las sanciones, costos o pérdidas causadas por las actividades legales o ilegales.

Este tipo de análisis basado en los efectos de las sanciones y su capacidad de disuasión, parte de la consideración de que el comportamiento humano y la acción humana como categoría persigue fines, metas u objetivos (Von Mises, 2001) que pueden referirse a la consecución de logros intermedios y fines últimos.

Surge entonces la propuesta de medir los niveles de satisfacción de los individuos: “utilidad”. Esta comprensión de la utilidad es formulada por la doctrina filosófica del utilitarismo, formulada en el siglo XVIII, por el pensador inglés Jeremy Bentham y retomada por la ciencia económica, a partir que lo que se considera como una medida de preferencia, a la que se denomina “preferencia revelada”.

La noción de preferencia revelada tiene su origen en la teoría del consumo y la racionalidad práctica, donde la maximización de la utilidad propia se realiza a partir de la teoría económica y de juegos y no a partir de una teoría moral.¹⁶

Esta línea de análisis conduce a los estudios académicos hacia la profundización de la probabilidad de sanción (Becker 1968, Cadot 1987, Andvig y Moene 1990),¹⁷ como un factor que disuade a los agentes y especialmente a la burocracia, a no incurrir en corrupción. En tanto que otros estudios desarrollan la aplicación selectiva de las normas (Heidenheimer, 1989; Klitgaard, 1988; Noonan, 1984 citados en Uribe, 2010).

El abordaje económico se caracteriza por un carácter analítico y especulativo,¹⁸ con énfasis en la aplicación de criterios micro-económicos y en el análisis de las implicaciones distributivas en torno al desarrollo, la exclusión, las relaciones y consecuencias nocivas de la corrupción en la economía, la estabilidad política, la burocracia y la administración pública.¹⁹

Entre las diferentes orientaciones de la literatura económica (Bardhan, 1997), la corrupción se interpreta como un *problema de agencia*, que se genera por una condición de aprovechamiento personal de los oficiales del Estado –*agente*- frente a la obligación de confianza de la administración de los bienes e intereses de la administración pública – *principal*-.

¹⁶ Existen filósofos morales que se valen de los elementos de la teoría de juegos para abordar problemas éticos con un grado de objetividad, en el que se incluyen a filósofos como Gauthier, y especialmente Harsanyi, respecto de la formulación de una utilidad social, esto es, maximizar del mejor modo posible las preferencias no de un solo individuo (cada uno de la suya) sino el bienestar de una sociedad en su conjunto, cuyo punto de partida se refleja en la obra de Braithwaite (Del Río, 2007:16).

¹⁷ Estos análisis generan dos equilibrios estables de Nash, donde la rentabilidad de la corrupción tiene una relación positiva con la frecuencia y los cambios temporales pueden convertirse en permanentes. Existen modelos que incorporan externalidades intertemporales de comportamiento y buscan explicar la persistencia del fenómeno, las que incluyen burócratas y ciudadanos con sus respectivas probabilidades subjetivas de distribución de encontrar personas corruptas, lo que forma la base de las experiencias en torno a acuerdos en corrupción, perpetuando una forma de cultura, donde incide la confianza, la reputación. Sobre el tema, Uribe (2010) menciona los siguientes estudios de caso: Sah (1988); Oldenburg's (1987), caso India; Gambetta (1988), caso mafia italiana; Tirole (1996), corrupción intergeneracional; Shleifer y Vishny (1993), corrupción colusiva.

¹⁸ Bardhan Pranab (1997) enfatiza que este abordaje obedece a la ausencia de buenos datos empíricos sobre el problema.

¹⁹ Se introducen nuevas explicaciones teóricas como el análisis sobre equilibrios múltiples (Andvig, 1991), los grados de aversión al riesgo (Cadot, 1987) y los costos sociales adicionales relacionados con la estructura jerárquica de la burocracia (Arye, Hillman y Katz, 1987), autores todos a los cuales hace referencia Carlos Uribe (2010).

Esta asimetría entre principal y agente se refleja en las preferencias, en la información y la aversión al riesgo, lo que incorpora además el análisis sobre los costos del monitoreo y el control (Laffont y Tirole, 1993). La información en la interacción estratégica de los actos de corrupción, se analiza a partir de la teoría de juegos, en función de sus resultados eficientes o ineficientes, a partir de la relación calidad precio, la que puede bajar por favoritismo o nepotismo (Beck y Maher, 1986; Lien 1986).

Desde un análisis de eficiencia y crecimiento económico se recalca la funcionalidad positiva de ciertos grados de corrupción frente a administraciones públicas excesivamente rígidas²⁰ (Leff, 1964 y Huntigton, 1968; Niskanen, 1971). Y se interpreta también como un mecanismo de discriminación de precios que permite reducir el retardo en los servicios de la Administración, dado el costo de oportunidad que representan²¹ (Lui, 1985).

Estas diferentes interpretaciones introducen el estudio del comportamiento de la burocracia, a partir de su comportamiento individual en la búsqueda de rentas²² (Tullock, 1967) y la generación estratégica de trabas burocráticas que retardan los servicios y movilizan las posibilidades de generar acuerdos de corrupción con los usuarios.²³

La corriente teórica económica se fundamenta en las premisas básicas del individualismo metodológico, con una tendencia anti normativa centrada en el comportamiento de los individuos, en función de estructuras de incentivos que se sustentan

²⁰ Se diferencia lo ilegal de lo corrupto y la distinción entre lo inmoral y la corrupción.

²¹ El modelo se formula como un equilibrio de Nash que reduce costos asociados y por tanto la ineficiencia de la Administración.

²² El concepto de la búsqueda de rentas se aplica a la corrupción de los burócratas que solicitan y extraen "soborno" o "renta" para la aplicación de su autoridad legal o discrecional, para la concesión de beneficios legítimos o ilegítimos a los clientes, por ejemplo, las autoridades fiscales pueden tomar sobornos para disminuir la carga fiscal de los contribuyentes.

²³ Al respecto la academia resalta como estos acuerdos pueden volverse sucesivos, con las consecuentes distorsiones (Myrdal, 1968; Banerjee, 1994; Andvig, 1991; Boycko, Shleifer y Vishny, 1995 citados en Uribe, 2010). Acuerdos sucesivos que introducen el análisis sobre la perspectiva del control de la corrupción, en torno a los incentivos de los agentes de mantener el secreto de los acuerdos (Shleifer y Vishny, 1993) así como los esfuerzos y costos para evadir la detección y sanción, donde se analizan diferentes alternativas y posibilidades de los actos irregulares en caso de ser detectados, así como la generación de barreras de entrada para otros actores, señalando como efecto el bloqueo de las posibilidades de innovación.

en un análisis costo beneficio, donde la tendencia es externalizar el proceso político y social; elementos por los cuales, la crítica señala el carácter reduccionista del paradigma de la elección racional.

Existen estudios que incorporan nuevos elementos de análisis al paradigma económico y visibilizan que las distorsiones son causadas, preservadas o agravadas por factores comunes. En esta interpretación se considera que las distorsiones en los modelos de análisis no son exógenas al sistema, sino que son parte de las prácticas de un sistema político clientelar (Bardhan, 1997: 1323).

Existen múltiples estudios en torno a los factores que inciden en la corrupción, desde una perspectiva institucional. Shleifer y Vishny (1993) señalan a la estructura del gobierno y el proceso político, en tanto que otros de sus estudios se enfocan a los efectos económicos y a las distorsiones del mercado que genera la corrupción y su relación con el sistema de impuestos.

Brunetti y Weder (2003) clasifican los determinantes en cuatro grupos: el rol de los mecanismos externos en la burocracia, los mecanismos e incentivos al interior de la burocracia, la independencia de las agencias de monitoreo²⁴ y factores indirectos, cultura o el nivel de ingresos del país. Y en esta línea, autores como Jain (2001),²⁵ señalan que existen 3 condiciones para que pueda producirse corrupción: la existencia de un poder discrecional, rentas económicas asociadas al poder discrecional; y un sistema legal o judicial con baja capacidad de detección y penalización.

La ciencia política desde una perspectiva institucional analiza como factores explicativos: los niveles de democracia y su grado de consolidación (Treisman, 2000), la proporcionalidad en las elecciones (Persson, Tabellini y Trebbi, 2003), las relaciones teóricas

²⁴ La teoría de redes se aplica también al análisis sobre el rol de las agencias de control y monitoreo, las que en la mayoría de modelos se consideran exógenas. Existen estudios que consideran la posibilidad de que las agencias de control se involucren en la red de corrupción.

²⁵ Salinas Jiménez, María del Mar/Javier, “Corrupción y actividad económica: una visión panorámica”, Hacienda Pública Española /Revista de Economía Pública, 180-(1/2007):109-137, 2007, pág. 117

entre los tipos de organización política y la corrupción (Maskin y Tirole, 2004) y la perspectiva estructural (Glaeser y Shleifer, 2002) a partir de la comparación entre países y la existencia de sistemas judiciales diferentes.

Las democracias generan instituciones para controlar la corrupción, abordaje de la problemática que se alinea a los postulados de la nueva economía institucional, North (1990);²⁶ y, en esta línea se estudia el potencial de los mecanismos de “accountability” y transparencia a diferentes niveles, en busca de complejizar la sostenibilidad de las redes de corrupción a largo plazo. Sin embargo, se observa como debilidad, la capacidad de influencia de los políticos (Bardham, 1997).

A partir de estudios de caso se resalta el rol de las agencias de control en el incremento de las posibilidades de detectar actos de corrupción, así como los incentivos de los burócratas para influenciar estas agencias y crear redes de corrupción (Handelman 1995; Fiorentini y Peltzman, 1995 citados en Bardham, 1997).

Brunetti y Weder (2003) reconocen la existencia de controles externos ejercidos por las organizaciones fuera de la administración gubernamental, así como los controles mutuos entre poderes estatales “checks and balances”, como una forma de control externo en democracia, resaltando el rol que le corresponde al ámbito judicial. Las agencias de control se consideran por tanto, parte de los balances de poder del sistema democrático (La Porta, et al, 2004).²⁷

La teoría de las redes desarrollada principalmente en la sociología y la administración, también se incorpora en el paradigma económico²⁸ y desde una línea más tradicional diferencia cuatro clases de corrupción: de alto y bajo nivel, política y burocrática,

²⁶ North, D.C. (1990). *Institutions, Institutional Change and Economic Performance*, Cambridge University Press, Cambridge.

²⁷ Existen también múltiples estudios en torno a la libertad de prensa como mecanismo para efectivizar el control bilateral de la corrupción basada en la extorsión.

²⁸ Uribe (2010) menciona a Treviño (1986), Hunt y Vitell (1986) y Granovetter (1992) como autores que resaltan la importancia del enfoque de redes en el estudio de la corrupción, pues integra la perspectiva individual y social, sin caer en determinismos culturales.

diferenciando la corrupción endémica basada en redes complejas inclusive a nivel institucional, de lo que denomina la corrupción aislada basada en relaciones bilaterales (Caiden, 1988).

A partir de la teoría de las redes se incluyen nuevas variables en el análisis de la corrupción, por lo que surgen autores que señalan la necesidad de integrar no solo los factores determinantes de la corrupción o las relaciones causales entre variables o factores organizativos en contextos organizacionales,²⁹ sino también la forma en que una política anticorrupción resuelve el problema (Kingston, 2008).³⁰

Brass, Butterfield y Skaggs (1998) señalan al comportamiento antiético como un fenómeno social derivado de las relaciones entre agentes, la que se fortalece cuando la frecuencia en la interacción aumenta.³¹ Y como medida de política Lambsdorff resalta que la lucha contra la corrupción debe centrarse menos en las actitudes morales individuales y más sobre los métodos para desestabilizar las relaciones corruptas (Lambsdorff, 2002b).

Las propuestas para el abordaje de la problemática, a partir de instrumentos de política, articulan principalmente un conjunto de instrumentos de regulación: incentivos, recompensas, penalidades, conforme el modelo principal - agente. El recurso de política más

²⁹ Uribe (2010) cita a Hegarty y Sims (1978) así como Cressey y Moore (1983), autores que resaltan los factores organizativos, tales como los sistemas de recompensas; los segundos destacan además las normas, la cultura y los códigos de conducta, como factores que en conjunto pueden reducir eficazmente el comportamiento poco ético en contextos organizacionales.

³⁰ Adicionalmente Kingston (2008) combina la teoría de redes con las relaciones estratégicas entre los agentes y a partir de juegos y modelos económicos demuestra cómo las relaciones informales pueden ayudar a cumplir los acuerdos (o normas) para evitar el pago de sobornos a un funcionario del gobierno. Para este autor, la cultura de la corrupción no es exógena, lo endógeno es la reflexión sobre la ruta del sendero de una estrategia de equilibrio, el "dilema del sobornador". Sin embargo, todos los clientes experimentarán una mejora del bienestar, si nadie paga el soborno (Della Porta y Vannucci 1999 citado en Uribe, 2010), es decir, los clientes podrían coludirse y evitar la corrupción. Por otro lado, Kingston (2007) sostiene que el empleo informal, las relaciones entre los funcionarios y el público puede apoyar la ejecución de las transacciones corruptas.

³¹ A partir de la teoría de redes se analiza los efectos de tipos y estructuras de relaciones sociales sobre el comportamiento ético dentro del sistema y como su combinación e intensidad determina el contacto social y la conspiración (Granovetter, 1973 citado en Uribe, 2010), por lo que se resalta que las redes de corrupción requieren altos grados de confianza entre los miembros (Lambsdorff, 2002a) y la asimetría en la relaciones, como es el caso de relaciones de poder y estatus, lo que vuelve más costosa para los agentes, la ruptura de la red, existiendo grados diferentes de conexión directa e indirecta, resaltándose además la importancia de la reputación (Lambsdorff, 2002b).

relevante es la existencia de una estructura de pagos e incentivos en la administración pública y se resalta la complejidad de esta política de compensación, a partir de factores de interacción estratégica (Klitgaard, 1988 citado en Bardhan, 1997).³²

Otra recomendación de política gira en torno a reducir el poder de monopolio de la burocracia, señalando esferas claras de influencia y jurisdicción, donde se resalta que oficiales con jurisdicciones sobrepuestas aumentan los costos y la incertidumbre de lograr acuerdos de corrupción (Rose-Ackerman 1978, 1994 citado en Bardhan, 1997).

El análisis de la confianza conforme el modelo inter temporal de reputación colectiva (Tirole, 1996 citado Bardhan, 1997) señala que toma algunos periodos para reestablecerse, donde se resalta la importancia de institucionalizar varios tipos de mecanismos de rendición de cuentas, en los diferentes niveles de gobierno, como parte de la agenda de cualquier proceso significativo de reforma, conjuntamente con medidas administrativas tendientes a fortalecer los procesos de denuncia cívica anónima y estrategias de rotación periódica de personal (Bardhan, 1997).

Desde la Ciencia Política también se han formulado otras formas de comprender el problema de la corrupción, no como un fenómeno aislado, sino más bien como una parte del “control de lo público”, articulada a la comprensión de los procesos de democratización a nivel local, regional, global.

El control de la corrupción a partir de la noción de *accountability* o rendición de cuentas, rompe con las visiones netamente económicas, las que este planteamiento teórico considera insuficientes para comprender integralmente las dinámicas de los procesos de control sobre lo público.

³² Entre los casos exitosos se resalta el control de la corrupción en países en desarrollo, a partir del manejo de estructuras de incentivos, como ejemplo el Programa Hong Kong (Klitgaard, 1988 citado en Bardhan, 1997).

Al respecto se señala como antecedente el trabajo fundacional sobre rendición de cuentas,³³ de Guillermo O'Donnell (1998), donde se resalta las relaciones institucionales “tipo red”, como necesarias para el ejercicio efectivo del control, desde una idea compleja de rendición de cuentas (Wampler, 2004 citado en Isunza y Lavalle, 2010).

En otra línea, las nociones sistémicas asocian a la rendición de cuentas como parte de los procesos de racionalización institucional, cuya noción conceptual la señala como parte de “... la autorregulación social que a menudo implica la elaboración de procedimientos racionales para combatir la desconfianza en los líderes institucionales” (O'Connell, 1990: 261 citado en Cunill, 2000: 274). El concepto de O'Connell incorpora la autorregulación, a partir de la que se genera la relación con la responsabilidad de los líderes políticos en torno al “desempeño, la rendición de cuentas financiera y de procedimiento” (1990: 261 citado en Cunill, 2000: 274).

Conforme los desarrollos teóricos de Peruzzotti y Smulovitz (2002) se relaciona la rendición de cuentas con los procesos de control social, entendidos como un conjunto de procesos y mecanismos de control vertical, no electoral, de las autoridades políticas, basados en las acciones de un amplio espectro de asociaciones, movimientos ciudadanos y medios de comunicación.³⁴

En esta línea, los autores señalan que la rendición de cuentas es una modalidad específica de control con grados de –institucionalización, observancia, información, sanción (Peruzzotti y Smulovitz, 2002) y para su diferenciación proponen la categoría de “interfaces” como espacios de intercambio de carácter: informativo, vinculante y ejecutivo, donde “...la

³³ “La rendición de cuentas se considera como un proceso compuesto por las obligaciones y deberes que la ley impone a los servicios y funcionarios públicos en cuanto a la publicidad de ciertas actuaciones y transparencia de los actos públicos en general; por la capacidad de observación y de acceso a la información de los medios de comunicación, así como el derecho a la libre opinión e información; y, por último, por el derecho constitucional de presentar peticiones a la autoridad y el derecho de reclamo ante los órganos públicos.”(Consejo de Auditoría Interna General de Gobierno, Chile, 1998b:118).

³⁴ Esta visión que busca ir más allá de las nociones de democracia delegativa y de la consideración de que la autorización electoral de los representantes, presenta problemas para su articulación con el desempeño de las instituciones de control horizontal (O'Donnell, 1994).

incidencia social puede asumir un carácter “informativo”, cuando no hay obligaciones decisorias implicadas en la circulación de información; “vinculante”, cuando la incidencia conduce a tomar decisiones de observancia recíproca, o sea, que imponen obediencia al poder público y a los actores de la participación o “ejecutiva”, cuando existe un intercambio en la provisión de bienes y servicios entre los actores sociales del control y las autoridades públicas (Isunza y Lavalle, 2010: 32).³⁵

A partir de las relaciones entre sociedad - Estado y las dinámicas de rendición de cuentas se alimenta el debate en ciencia política, sobre nuevas formas de “representación” de los sujetos en democracia, donde la “... legitimidad no está dada de por sí, sino que depende de la relación entre representantes y representados” (Isunza y Lavalle, 2010:21).

1.1.4. Índices, encuestas e indicadores sobre corrupción

El estudio de la corrupción como fenómeno y problema público ha generado el desarrollo de varios instrumentos encaminados a determinar su estado y consecuencias, entre los cuales cabe destacar los indicadores agregados elaborados por el Banco Mundial y los índices y encuestas elaborados por Transparencia Internacional, instrumentos que se basan en fuentes, métodos de agregación y muestras de países diferentes.

El Banco Mundial elaboró los indicadores que contienen seis medidas de calidad gubernamental, entre las que se incluye el control de la corrupción, indicador que para el período 1999 - 2004 fue elaborado por Kaufmann, Kraay y Zoido-Lobaton (1999); y por otra parte, el elaborado por Kaufmann, Kraay y Mastruzzi (2005), para una muestra de 204 países.

³⁵ Interfaces diversos sobre los cuales el autor resalta que “Ya sea informativa, decisoria o ejecutiva, la principal dimensión de control social involucrada en una instancia de innovación democrática, los alcances y efectos esperados del control o de la rendición de cuentas varían considerablemente según las funciones presupuestas en la especificación institucional de la interfaz: de modalidades de opinión y consultivas, de transparencia y de derecho a la información pública, de intercomunicación o dialógicas, a modalidades de definición colectiva, de voluntad política y mandato, o a expedientes de tercerización y transferencia de funciones públicas y de corresponsabilidad y cogestión” (Isunza y Lavalle, 2010: 32).

Entre los instrumentos más relevantes elaborados por Transparencia Internacional, se encuentran los índices de percepción de la corrupción, que se publican anualmente desde 1995; y, adicionalmente la denominada encuesta de Corrupción y Buen Gobierno, instrumentos que brindan información sobre el caso de estudio.

En el caso de América Latina existen resultados de encuestas de opinión pública sobre democracia elaboradas por el Proyecto de Opinión Pública de América Latina, LAPOP,³⁶ los que se tendrán en cuenta en concordancia con estudios de cultura política y gobernabilidad referentes al caso ecuatoriano.

1.2. Políticas públicas y control de la corrupción

La ciencia de *Las Políticas* destaca los procesos de elección pública, como un problema de ciencias sociales que incluye: (1) métodos de investigación del proceso; (2) resultados de estudios; y, (3) descubrimientos de las disciplinas que pueden aportar en las necesidades de inteligencia del momento; y, que se relacionan a su vez con la aplicación y mejoramiento de sus métodos (Lasswell, 1992).

A partir de esta función de “inteligencia” o “técnica” de las decisiones de política pública, que se orienta a mejorar la racionalidad de las decisiones, como un campo de estudio cuya calidad depende de su capacidad para anticipar exitosamente las necesidades que debe atender una política de Estado, en las diferentes etapas del ciclo completo de la política³⁷

³⁶ El Barómetro de las Américas es una encuesta de opinión pública que se realiza cada dos años y cubre casi todos los países del continente Americano, la misma que se centra en la medición de valores y comportamientos que pueden conducir a una democracia estable, p.e. las encuestas abordan hasta qué punto los ciudadanos de América Latina creen en la legitimidad de las instituciones clave del Estado y en qué medida toleran grupos que no son de su agrado, así como otros factores de medición de la participación ciudadana en la sociedad civil y la satisfacción de los ciudadanos con los gobiernos municipales, actitudes hacia la descentralización y experiencias con el crimen, la corrupción, entre otros.

³⁷ Las etapas del ciclo de la política pública son: la definición del problema, la construcción de la agenda pública, la formulación de soluciones, la toma de decisión, implementación y evaluación, las que suelen encontrar variaciones o énfasis distintos según los autores. A partir de esta segmentación existen importantes grados de especialización en las diferentes etapas.

(Lasswell, 1992; Jones, 1977); se resalta la importante influencia del positivismo, que enfatiza en los factores objetivos medibles, basados en la epistemología neopositivista, que incluye las teorías de la elección racional, la escuela del *Public Choice*, así como los principios de la economía neoclásica y del individualismo metodológico.³⁸

Desde esta perspectiva, a partir del caso de estudio, la investigación identifica la presencia de un conjunto de instrumentos relacionados con el trabajo anticorrupción, entre los que se resaltan: (1) los relacionados con la prevención de posibles actos de corrupción, que se asocian con el ámbito de las políticas sociales; (2) los relativos al control de la criminalidad, una vez que esta ya se ha producido, ámbito que se asocia a la política criminal;³⁹ y, (3) los relativos al diseño institucional, que es transversal a las políticas sociales y criminales, razón por la cual se considera como un eje autónomo de estudio.

Las tres modalidades elegidas se tienen en cuenta a partir de un análisis institucional y económico, en torno a la problemática de la corrupción y su control, desde la consideración de las instituciones en sentido económico, como: "...las reglas de juego de una sociedad, o de manera más precisa y formal, las restricciones humanamente concebidas que dan forma a la interacción humana... y estructuran los incentivos del intercambio humano, ya sean políticos, económicos o sociales." (North, 1990).

Este rol de las instituciones en el comportamiento humano, formuladas por la nueva economía institucional NEI,⁴⁰ señalan que las instituciones son un medio para reducir los

³⁸ La perspectiva tradicional en el análisis de políticas es cuestionada a raíz del fracaso en las decisiones de política en la guerra de Vietnam, caso que resalta la necesidad de visibilizar los valores en juego y la importancia de contar con un método diferente del científico tradicional y del predominio del enfoque "top down", que orienten la incorporación de "elementos extra – racionales" en los procesos de decisión pública, a partir de los problemas de políticas como problemas "transcientíficos" (Deleon y Martell, 2006).

³⁹ Jiménez de Asúa distingue la Política Criminal de la Política Social y ubica a la prevención de la comisión de delitos en las políticas sociales; y, el rol de la política criminal una vez que el delito ha sido cometido, citado en Rivera 2005: 25 - 26.

⁴⁰ En el último cuarto del siglo XX surge la Nueva Economía Institucional (NEI), la misma que recalca el papel de las instituciones en el desempeño económico y como parte de su marco analítico rechaza y modifica algunos supuestos de la teoría neoclásica pero conserva los de escasez y competencia, acoge el método de la microeconomía, con otra concepción de racionalidad, y añade la dimensión del tiempo (North, 1994), con lo que

costos de transacción y lograr mayor eficiencia, criterio que combina la noción coaseana de costos de transacción con la noción northiana de instituciones,⁴¹

La revisión general de los instrumentos de política articulados al control de la corrupción en el caso de estudio, a partir de un enfoque de política pública, parte de la necesidad de afinar los métodos de información e interpretación de la corrupción como problema público y como ámbito de control; y la forma en que esta inteligencia puede ser integrada al juicio del decisor. Sin embargo cabe acotar que el eje del análisis se refiere a la Política Criminal, a partir de la aplicación del modelo de disuasión criminal de Gary Becker, conforme se desarrolla en el Capítulo III.

1.3. Análisis económico de la corrupción y su control

La elección de la línea teórica de la investigación se justifica a partir del interés de profundizar en el estudio del funcionamiento de las instituciones como instrumentos que permiten modelar el comportamiento humano en sociedad, a partir de la problemática de la corrupción y su control en un caso concreto.

En este contexto, se parte de la premisa de que los factores que inciden en la disuasión del comportamiento humano, frente a la elección de corromperse, son los que integran el modelo de disuasión criminal planteado por Becker (1968), a partir de cuya aplicación se busca estructurar una metodología de análisis de la política pública de control de la corrupción, que permita analizar las políticas de control formuladas, aplicadas y promovidas por el Estado, a través de normas, instituciones de control, prácticas de control social y

se aleja del paradigma neoclásico, tomado de Gonzalo Caballero, "Instituciones e Historia Económica: Enfoques y Teorías Institucionales", Revista de economía institucional, volumen 6, número 10, Bogotá June 2004.

⁴¹ En la historia de la NEI fueron esenciales dos artículos de Ronald Coase que abrieron sendas líneas de desarrollo. Por un lado, Coase (1937) dio lugar a un enfoque microanalítico de las organizaciones que llevó a la economía de los costos de transacción (enriquecida con los aportes de Williamson, 1974 y 1985); por otro, Coase (1960) llevó a un enfoque macroanalítico de las instituciones que desemboca en desarrollos como los de North (1990a) o Harris et al. (1995), tomado de *Gonzalo Caballero*, op.cit.

sistemas judiciales; y, los efectos de estas medidas en la interacción estratégica de los agentes públicos y privados.

El enfoque teórico aplicado al caso de estudio, parte de las nociones del modelo de disuasión criminal (Becker, 1968), a partir del cual se articulan las teorías económicas del comportamiento burocrático (Niskanen, 1971); y, del Public Enforcement of Law” (Polinsky & Shavell, 2007).

1.3.1. Disuasión criminal y control anticorrupción

La política criminal desde criterios económicos encuentra sus orígenes en autores como Beccaria y Bentham, cuyo denominador común parte del supuesto de libre elección, donde cada individuo elige “free will”.

La investigación ha elegido el modelo de disuasión criminal planteado por Gary Becker,⁴² que parte del supuesto de que la gente cambia sus actitudes en función de sanciones y reintroduce el estudio de la elección individual, como preponderante al de los factores exógenos en el tratamiento de la criminalidad, postura teórica que parte del análisis sobre la disuasión.

Los mecanismos de disuasión cobran sentido en el contexto de la libertad de elección, donde lo relevante son las preferencias sociales, por ello a partir de la observación del comportamiento humano, es necesario tener en cuenta las preferencias de las personas a las que se pretende disuadir, ya que la sanción debe ser vista como tal para el grupo al que va dirigido.

Gary Becker a partir de la economía del delito aporta al análisis de la política criminal desde el análisis económico del comportamiento humano, donde se parte de la consideración

⁴² Citado por Erling Eide, Paul H. Rubin, Joanna M. Shepherd, “Economics of Crime”, Foundations and Trends in Microeconomics, vol 2, no 4, pp 305, 2006, p. 294.

de que la acción humana como categoría persigue fines, metas u objetivos,⁴³ que pueden referirse a la consecución de logros intermedios y fines últimos, por ello, las personas a través de su actuación, buscan alcanzar sus objetivos como mecanismos para llegar a su fin u objetivo último. En este sentido, las personas advierten a través de la razón, la utilidad e idoneidad de los recursos para conseguir los resultados buscados y mediante su actuación los convierte en medios.

La economía “trata sobre los hombres, sus apreciaciones y, consecuentemente, las acciones humanas que de aquellas se derivan. Los bienes, mercancías, la riqueza y todas las demás nociones de la conducta, no son elementos de la naturaleza, sino elementos de la mente y la conducta humana.”⁴⁴ Entonces dilucidar a partir de la teoría económica, el proceso racional que convierte al cometimiento de actos de corrupción en un medio para la obtención de los fines de las personas que eligen cometerlos, a pesar de referirse a hechos ilícitos, pretende determinar hipotéticamente las preferencias reveladas de los agentes, las variables externas que rodean este comportamiento y su grado de correlación de ser el caso.

No obstante, en virtud de la falta de certeza permanente respecto de las elecciones humanas, dados condicionamientos internos infinitos, se considera la utilidad de la propuesta metodológica de la ciencia moderna, a través de un acercamiento a la comprensión de la realidad a partir de información cuantitativa y criterios económicos de análisis.

El planteamiento metodológico encuentra sus orígenes en la propuesta de *medir* los niveles de satisfacción (utilidad) de los individuos, formulada por la doctrina filosófica del utilitarismo, a partir de la teoría de la elección racional y la teoría de juegos.

La lógica de la utilidad a partir del principio planteado por Bentham, consiste en tomar por norma el cálculo o la comparación de las penas y los placeres en todas las operaciones del juicio, tanto del alma como de los sentidos, según lo que cada persona cree o

⁴³ Ludwig Von Mises, *La acción humana*, Tratado de Economía, 6ª Edición, Unión Editorial S.A. 2001.

⁴⁴ Ob. cit, p. 111.

interpreta en su interior como tal. Por tanto, lo que es conforme a la utilidad o al interés de un individuo es lo que tiende a aumentar la suma total de su bienestar.⁴⁵

No obstante, la ciencia económica reformuló la forma de entender la utilidad y procuró depurarla de los estados mentales de los sujetos, convirtiéndola más bien en una medida de la preferencia, criterio que se relaciona con la noción de optimalidad planteada por Pareto y que a fin de desligarlo aún más de toda connotación introspectiva, se denominó “preferencia revelada”, la que se origina en la teoría del consumo y la racionalidad práctica.

Conforme el modelo, cada agente se preocupa únicamente por satisfacer del mejor modo posible sus intereses o fines, sin considerar las preferencias ajenas sino en la medida en que sean parte relevante del cálculo para la maximización de la utilidad propia, análisis que se realiza por tanto, a partir de la teoría económica y de juegos y no a partir de una teoría moral.⁴⁶

El análisis de la racionalidad del cometimiento de actos de corrupción, nos conduce a la pregunta del ¿Porqué? de este comportamiento, partiendo de las restricciones que implica la ilicitud de esta clase de actos, pregunta sobre la cual Becker parte del criterio de que quienes delinquen también actúan en función de sus condiciones socioeconómicas,⁴⁷ lo que genera que su decisión sea la mejor que pueden tomar, a partir de sus deseos y preferencias.

A partir de la teoría económica, se considera que las acciones de las personas que deciden cometer actos de corrupción, lo hacen como resultado de elecciones que maximizan

⁴⁵ Francisco Cabrillo, cita a Bentham en *Lecturas de economía política*, Minerva Ediciones, S.L., Madrid, 2007, pp. 13, 14.

⁴⁶ Ariel Del Río de Angelis hace referencia a filósofos morales que se valen de los elementos de la teoría de juegos para abordar problemas éticos con un grado de objetividad, en el que se incluyen a filósofos como Gauthier, y especialmente Harsanyi, respecto de la formulación de una utilidad social, esto es, maximizar del mejor modo posible las preferencias no de un solo individuo (cada uno de la suya) sino el bienestar de una sociedad en su conjunto, cuyo punto de partida se refleja en la obra de Braithwaite, *Theory of Games as a Tool for the Moral Philosopher* (1954), referencia tomada de *Juegos Evolutivos y Conducta Moral: Un análisis mediante simulaciones informáticas del surgimiento y justificabilidad de conductas no maximizadoras en contextos estratégicos*, Memoria para optar al grado de Doctor, Universidad Complutense de Madrid, Facultad de Filosofía, Departamento de Filosofía del Derecho, Moral y Política II, 2007, p. 16.

⁴⁷ Erling Eide, Paul H. Rubin, Joanna M. Shepherd, “Economics of Crime”, *Foundations and Trends in Microeconomics*, vol 2, no 4, 2006, p. 11.

su función de utilidad,⁴⁸ siendo necesario analizar la estructura de incentivos individuales, preferencias reveladas o criterios de maximización de utilidad y su relación con el contexto socioeconómico y restricciones, tanto de la función de utilidad del agente privado como del agente público; comportamiento que a partir de la teoría de la elección racional, parte de considerar a los agentes como sujetos económicos, descritos por un conjunto de creencias, deseos o preferencias, quienes disponen de un conjunto de estrategias posibles, dadas determinadas restricciones.⁴⁹

En este sentido, para la elección racional y la teoría económica, decidir es resolver un problema de optimización, es decir, elegir la estrategia que mejor satisface los deseos del agente, dadas sus creencias y restricciones, por lo que se direcciona el análisis a la búsqueda de explicaciones sobre la estructura de incentivos de las partes que generan una actitud cooperativa enfocada al cometimiento de actos de corrupción, en respuesta a una lógica determinada de maximización de su función de utilidad, sin perjuicio de sus restricciones.

1.3.1.1 Elección racional y disuasión

La teoría de la elección racional desarrolla el efecto atribución,⁵⁰ que consiste en la estimación de ocurrencia de eventos futuros basados en la información disponible, así como también en el sesgo retrospectivo que implica que se estime más frecuentemente a determinados prototipos, efecto que determina el nivel de incidencia de las normas disuasorias en el comportamiento de los agentes, en función de la estimación que estos tengan sobre su efectividad y aplicación.

⁴⁸ University of Chicago, *The limits of Rationality*, The University of Chicago Press, LTD., edited by Karen Shweers Cook and Margaret Levi, London, 1990, artículo “De Gustibus Non Est Disputandum”, George J. Stigler and Gary S. Becker.

⁴⁹ Elisabeta Di Castro, *La razón desencantada. Un acercamiento a la teoría de la elección racional*, Universidad Nacional Autónoma de México, Primera Edición, 2002.

⁵⁰ Fernando Gómez, *Materiales Introducción al Análisis Económico del Derecho y Derecho Privado*, Universidad Pompeu Fabra, Barcelona.

De esta forma, si el agente estima poco probable que se lleguen a producir los efectos de las normas disuasorias, partiendo de su observación sobre casos públicos de terceras personas o a su vez por su propia experiencia, como consecuencia del efecto atribución, al momento de elegir partirá de la consideración de una baja probabilidad de que se produzcan los efectos no deseados de acudir al comportamiento corrupto y por tanto, como consecuencia del efecto atribución, otorgará una valoración superior a aquello que logra en el presente a través de incurrir en corrupción.

Este análisis implica que la elección parte de un descuento hiperbólico del futuro, donde prima el incentivo de obtener un beneficio actual con bajos niveles de esfuerzo, a obtener un beneficio en el largo plazo con mayores niveles de esfuerzo.

Se consideran como restricciones aquellas que pueden influir en el comportamiento humano y que pueden formar parte de la función de utilidad del individuo,⁵¹ las que pueden ser institucionales, sociales y económicas.⁵²

Dentro de las restricciones institucionales se encuentran las relativas a las normas y al funcionamiento del Estado. Las normas jurídicas como *instituciones de la estructura del Estado*, según la teoría de la regulación, contienen estructuras de incentivos externos a la conducta individual, encaminadas a conducir el comportamiento individual hacia el socialmente deseado, mediante el sistema coercitivo y sancionatorio.

El óptimo en cuanto a la formulación de una norma, partiendo de la regulación y las instituciones jurídicas como instrumentos de las sociedades políticamente organizadas, está

⁵¹ “Traditional criminologic theories, on the other hand, suggest that the individual’s environment has a significant impact on people’s preferences, especially on individual norms, but also on wants. Theories about culture conflict, cultural deviance, anomie, and learning relate individual preferences to various characteristics of the society. Other theories suggest that preferences are inherited or dependent on age, gender, race, intelligence, and other personal characteristics. In the literature of economics of crime these various theories are often neglected, and preferences and individual characteristics are assumed to be constant. The main question studied is how the environment produces incentives to commit, or not to commit, crimes”, tomado de “Economics of Crime”, p. 302.

⁵² En la presente investigación no se analizan las restricciones económicas, pues se considera que las personas que se disuaden de cometer actos de corrupción por restricciones presupuestarias, no constituyen un riesgo para el sistema de control.

en ser el resultado de una *construcción colectiva*, entendida como una suma de los deseos de los individuos en un contexto social, político e institucional, normas que deben encontrarse dirigidas al mayor bienestar individual posible, en la lógica de un contexto colectivo. No obstante hay que tener en cuenta que el derecho constituye en esencia un acto emanado del poder político y en tal virtud puede en no pocas ocasiones representar a los intereses de poder de una mayoría política o no sintonizar la realidad social.

Las instituciones jurídicas en el ámbito público deben orientarse por el interés público, a partir de su funcionamiento, dentro de un marco de racionalidad en la toma de las decisiones públicas, con el fin de evitar desequilibrios económicos en las interacciones de la Administración Pública y abusos en el manejo de los recursos públicos por parte de la burocracia, pero también buscando así establecer mayores grados de disuasión del comportamiento de los funcionarios hacia la corrupción.

Por una parte, se señala a las normas de *regulación y sanción* como una restricción, pues las normas establecen ámbitos y condiciones para el comportamiento en sociedad, de esta manera las instituciones jurídicas constituyen mecanismos de intervención pública, que pueden ser utilizados como incentivos o restricciones en el comportamiento de los diferentes agentes económicos.⁵³

Otros instrumentos de disuasión son los *mecanismos institucionales y sociales de control*, donde los mecanismos institucionales dependen de la eficacia con la que las instancias administrativas ejecutan las normas de control y sanción, comportamiento que determina el valor que recibe la probabilidad de sanción como efecto disuasorio de la conducta de los agentes siendo un factor que influye en el análisis costo - beneficio del agente respecto de la maximización de su función de utilidad. Reducción del beneficio del agente

⁵³ Se considera que la regulación “obliga a que las empresas reguladas actúen de manera distinta a como actuarían si tal regulación no existiera”, tomado de Miguel Angel Lasheras, *La Regulación Económica de los Servicios Públicos*, Ed. Ariel, 1999, 1ª edición.

que puede producirse también a partir de prácticas de control social, que puedan evidenciar y promover el control y sanción de los acuerdos en corrupción.

En este sentido, un sistema de control y sanción ineficiente tiene un bajo nivel de incidencia en el proceso de toma de decisiones de los agentes públicos, nivel de disuasión que es inferior al óptimo deseado, pues reduce los niveles de efectividad y eficacia de las normas y los sistemas de control público, al reducir los niveles de cuidado de los agentes respecto del cometimiento de esta clase de actos.

Respecto del comportamiento de los agentes frente a las restricciones institucionales, cabe recalcar que los funcionarios como resultado de sus decisiones generan actos y hechos administrativos, los cuales al generar derechos y obligaciones para las partes, traen aparejada la existencia del consecuente régimen de responsabilidad de los funcionarios públicos por las decisiones que adopten.

El régimen de responsabilidad que determina el sistema legal en el caso de producirse actos de corrupción, constituye un mecanismo de disuasión para el comportamiento de los funcionarios públicos, cuyo margen de efectividad dependerá de la tendencia respecto del riesgo que evidencie el agente y cuanto valore el beneficio a obtenerse mediante corrupción, especialmente de producirse circunstancias que puedan representar beneficios económicos adicionales que incrementen su bienestar individual.

En el caso del ejercicio de facultades discrecionales,⁵⁴ esto es la facultad que tienen las autoridades en función administrativa, para analizar los hechos y circunstancias que fundamentan su decisión y para elegir de entre varias soluciones válidas ante la Ley la que

⁵⁴ Las potestades discrecionales poseen un rango o margen legal más amplio, que permite a la autoridad mayor variedad de opciones para dictar el acto de imposición, elección que la realiza en virtud de un criterio de oportunidad y eficiencia de la opción elegida. Estas potestades nacen de un margen de libertad que la ley le determina al órgano generador del acto administrativo, por lo que, se desprende que incluso la discrecionalidad tiene parámetros legales predefinidos, siendo la diferencia el mayor rango de opciones y la capacidad de elegir las a criterio de la autoridad. Se distinguen dos clases de discrecionalidad, la administrativa, que se fundamenta en criterios de equidad, oportunidad y conveniencia para emitir actos positivos para el interés público; y la técnica, que es la decisión que se fundamenta en un criterio o informe técnico como uno de los elementos para resolver un asunto, independientemente de lo cual, la autoridad está obligada a actuar y decidir dentro de las formalidades generales relativas al ejercicio de la función administrativa.

sea más acertada para el interés público;⁵⁵ si el burócrata es neutral ante el riesgo, participará del juego si las condiciones le son favorables, lo que sucede entre otros factores, cuando existen probabilidades elevadas de impunidad; no participa si las condiciones le son desfavorables y se muestra indiferente cuando sus incentivos no se relacionan con la obtención de beneficios a través de la corrupción,⁵⁶ contexto en el cual, teniendo en cuenta la función de utilidad del burócrata, diríamos que la tendencia marcada dadas las características de la Administración Pública, colocaría al óptimo en una actitud neutral ante el riesgo.

Sin embargo, existen otras dos posibilidades que pueden reflejar puntos extremos fuera del punto “racional” de equilibrio y que son los relativos a la conducta amante y adversa al riesgo. En el caso de que se califique a las decisiones como actos ilícitos de corrupción, la preferencia hacia tal comportamiento refleja una conducta preferente al riesgo “risk lover” por parte del agente público.

Mientras que en el caso del adverso o renuente al riesgo, tenemos que el burócrata puede no estar dispuesto a jugar incluso cuando las alternativas pueden ser favorables para el cometimiento de esta clase de actos.

Si bien la tendencia al riesgo dependerá de las preferencias del agente, es evidente que unas condiciones externas favorables que disminuyan las probabilidades de riesgo en la toma de la decisión, disminuirán el efecto de las restricciones e inclinarían la decisión del agente hacia la obtención de su bienestar a través de la corrupción.

Por otra parte, las restricciones sociales son las relativas a los condicionamientos o normas sociales que se integran en el individuo, a partir del sistema de creencias individual, conformado desde su vivencia personal, social, cultural, política, así como también desde el conjunto de valores culturales de la sociedad a la que pertenece o con la que se identifica, por tanto las valoraciones de pena y placer tienen un elevado grado de determinación cultural.

⁵⁵ Marco Idrobo Arciniega, cita a Juan Francisco Linares, en *La Contratación Pública*, Editorial Jurídica del Ecuador, segunda edición, Quito 1993, pág 60

⁵⁶ Rocío Albert, Materiales Microeconomía, “El Riesgo y la Incertidumbre”

Sin embargo, en la corrupción se produce lo que Adam Smith denominó la existencia de desavenencias entre el deseo individual y las normas sociales,⁵⁷ dado que el comportamiento humano puede encontrarse condicionado, entre otros aspectos, por incentivos contenidos en normas sociales, respecto de las cuales pueden darse algunas relaciones, tales como: la pérdida de la función reguladora del comportamiento de las normas sociales, lo que se explica conceptualmente a partir de la teoría de la anomia; así como también, la existencia de “acuerdos sociales implícitos” que por su naturaleza y conformación no pueden considerarse normas sociales, pero que por su nivel de ejecución pueden constituir prácticas toleradas a pesar de ser sancionadas por el derecho y socialmente, relaciones que pueden ser interpretadas en conjunto y que pueden constituir incentivos para las elecciones de los agentes frente a la corrupción.

¿Pero en términos reales qué es lo que más valora la sociedad? En lo formal existen acuerdos o convenciones sociales relevantes sobre la valoración del comportamiento honesto, no obstante existen también acuerdos sociales implícitos, relativos a la aceptación de comportamientos que no constituyen incentivos a comportamientos honestos, prácticas que no adquieren la categoría de normas sociales, pero que por sus niveles de aceptación y reconocimiento, constituyen acuerdos sociales implícitos que contienen incentivos individuales en las diferentes formas de interactuar a nivel social, p.e. cuando se valora maximizar el ocio frente al trabajo, el estudio o la competencia profesional.

Al respecto, constituye una posibilidad, la valoración social de un individuo que incrementa su fortuna sin esfuerzo y en corto tiempo, o a la persona que accede a un trabajo en el que maximiza el ocio aunque no aumente su competencia profesional, o de la persona que sin formación profesional accede a niveles mayores de renta.

⁵⁷Steven D. Levitt y Stephen J. Dubner, *Freakonomics*, 1ª reimpresión: noviembre 2007, Ediciones B,S.A., 2007, Barcelona, España.

En este contexto, en el caso de que el agente valore el hecho de considerarse una persona que cumple con las normas legales y actúa con valores de honestidad en el ejercicio de la función pública, este comportamiento se incorpora a su estructura de incentivos individual, dado que le otorga el reconocimiento social que requiere; por tanto será parte de sus preferencias y de la maximización de su función de utilidad.

En el caso del comportamiento del agente público una preferencia por la honestidad reduciría las probabilidades de corrupción, preferencia que requiere indispensablemente del soporte de esquemas operativos de meritocracia, que garanticen incentivos económicos y sociales

El esquema de meritocracia debe orientarse a encontrar puntos de equilibrio en el régimen de incentivos, donde los incentivos relativos al prestigio pueden tener niveles de utilidad marginal decreciente cuando los incentivos económicos -condiciones remuneratorias- no compensen la formación y capacitación del agente público, dado el tiempo, dinero y esfuerzo invertido en dichas actividades.

Por otra parte, en caso de que el burócrata valore la maximización del ocio sobre el cumplimiento de las condiciones que establece el sistema jurídico para el acceso a determinados beneficios, y si a su vez, por la existencia de prácticas sociales desviadas, percibe un reconocimiento social por su obtención a través de mecanismos de evasión o elusión de normas o requisitos, dicha valoración social se convierte en un posible incentivo para la elección de actividades ilícitas o actos de corrupción.

1.3.1.2. Incentivos y restricciones del comportamiento humano

Los agentes que interactúan en el caso de acuerdos en corrupción, pueden ser personas que ejercen el servicio público, así como también particulares que mantienen relaciones con el sector público, sea como contratistas o como usuarios de los servicios públicos.

En el caso de los agentes particulares existe una diferencia entre los propósitos perseguidos por los agentes y los servidores de la Administración Pública, pues mientras el objetivo de la Administración es velar por la satisfacción de las necesidades colectivas, el agente privado como destinatario del servicio público o contratista, busca primordialmente incrementar sus beneficios.

La incorporación de criterios de racionalidad práctica en la actuación de los agentes públicos y privados respecto de sus intereses individuales, requiere tanto de restricciones como de incentivos, que permitan incorporar en su función de utilidad preferencias que armonicen el grado de relación entre el cumplimiento de los fines individuales y el interés colectivo del Estado o nacionalidad a la que pertenece.

En este sentido, la interacción de los agentes en actos de corrupción implica necesariamente una relación entre intereses públicos y privados, frente a un conjunto de incentivos y restricciones, así como la actitud de los agentes frente al riesgo: adverso, neutral o amante al riesgo.

Los mecanismos de disuasión y las condiciones que pueden influir en el comportamiento de los agentes, se analizan a partir de las nociones de incentivos y restricciones.

La estructura de incentivos se relaciona con el concepto económico de preferencias de los consumidores, factores que interrelacionados con las restricciones, conforman la función de utilidad de los agentes.⁵⁸

Las preferencias se relacionan con la satisfacción de una necesidad o de un deseo, el mismo que ocasiona placer a quien lo recibe y por ello se relaciona también con la felicidad; ¿Pero que puede obtener una persona que ejecuta un acto de corrupción y cuál es el efecto de estos elementos en su bienestar?

⁵⁸ La función de utilidad se formula a partir de la abstracción de la sensibilidad individual y circunstancias individuales, para entrar en proposiciones generales sobre los factores, excluyéndose del análisis lo relativo a las limitaciones al comportamiento racional.

Partiendo de que los incentivos pueden ser económicos, sociales y morales, los posibles ámbitos de incentivos son, el acceso a: (1) riqueza, bienes y recursos materiales o servicios; (2) poder o capacidad para influir en otros; y, (3) reconocimiento, autoestima o autovaloración.⁵⁹

Para simplificar el análisis, los beneficios citados podrían clasificarse básicamente en dos categorías: los relativos a riqueza en la categoría de incentivos económicos y los relativos a poder y reconocimiento en la categoría de incentivos sociales, contexto en el cual, la riqueza y el prestigio, constituirían las variables relevantes para el análisis de la función de utilidad de los agentes, partiendo de la hipótesis de que la demanda se produce en función de barreras de acceso al beneficio lícitamente, las mismas que pueden ser eliminadas a través de prácticas de corrupción.

Entre los incentivos económicos de los agentes, se encuentra la obtención de riqueza, bienes y recursos materiales o servicios, considerados como incentivos económicos, actividad que puede interpretarse a partir de un modelo de asignación de recursos y búsqueda de rentas, donde se observa que la rapidez en la obtención y la cantidad de los recursos, sería la preferencia del agente, por tanto su comportamiento se orientará hacia la alternativa que le permita llegar más rápidamente al objetivo.

En el caso de los agentes públicos, la única opción para que la burocracia pueda obtener legalmente mayores rentas en el ejercicio de sus cargos, es a través de la meritocracia, no obstante, la existencia de méritos, no implica necesariamente la obtención de ascensos y por tanto mejores ingresos, sea por un administración que no promueve el

⁵⁹ Como ejemplo se realiza la siguiente cita: “The demand for fashion can be formalized by assuming that the distinction available to any persons depends on his social environment and his own efforts: he can be fashionable, give to approved charities, choose prestigious occupations, and do other things that affect his distinction. Following recent work on social interactions, we can write the social distinction of the i th person as $R_i = D_i + h_i$ Where D_i is the contribution to his distinction of his social environment, and h_i is his own contribution.”, tomado de *The limits of Rationality*, The University of Chicago Press, LTD., edited by Karen Shweers Cook and Margaret Levi, London, 1990, artículo “De Gustibus Non Est Disputandum”, George J. Stigler and Gary S. Becker, p. 214

desarrollo de carrera de los servidores públicos, por restricciones presupuestarias, condicionamientos políticos o inclusive por situaciones de corrupción.

De esta manera, en caso de que la Administración Pública como mercado de trabajo, no garantice como mínimo la correlación entre esfuerzo, calidad en el ejercicio del servicio público y las posibilidades reales de incremento de ingresos y beneficios,⁶⁰ se estaría incentivando la expulsión de los funcionarios competentes y la permanencia en su mayoría, de los perfiles menos competitivos, lo que genera un problema de selección adversa en la integración de la burocracia.

Del análisis se desprende que bajo un modelo de obtención de rentas, existen diferencias relevantes en cuanto a los grados de certeza y el tiempo de obtención de beneficios en el caso de buscarlos mediante corrupción o mediante actividades productivas - meritocracia-, lo que determina la posibilidad de que existan incentivos racionales para la burocracia respecto de la elección de cooperar en corrupción.

Por otra parte, en el caso de los agentes privados, en lo relativo al sector empresarial caracterizado por la búsqueda de rentas, resulta evidente que los acuerdos en corrupción pueden asegurar los ingresos y rendimientos de una actividad económica en marcha; mientras que en el caso de la ciudadanía en general, los beneficios pueden traducirse en bienestar, por la oportuna y adecuada recepción de servicios públicos.

En cuanto a los incentivos sociales, éstos se relacionan con los deseos del agente de tener acceso a poder o capacidad para influir en otros, reconocimiento, autoestima o autovaloración.⁶¹

Al respecto cabe preguntarse inicialmente ¿Cuanto valora la sociedad actual, en términos reales, a los funcionarios honestos? ¿Cómo se valora socialmente el ejercicio del

⁶⁰ Se señala que cuando una organización quiere que sus gerentes tomen buenas decisiones, éstas deben ser también las mejores para su carrera individual.

⁶¹ Teniendo en cuenta que el trabajo se realiza en el contexto de la teoría económica, estos incentivos se analizarán únicamente a partir de criterios de formación de preferencias en los agentes, descartando variables de análisis psicológico dado su carácter subjetivo.

poder? ¿Tiene mayor valor ante la sociedad el ser poseedor de niveles mayores de riqueza, conocimiento, competencia profesional, niveles de ocio o integridad personal? ¿Qué nivel de incidencia tiene la valoración social en el individuo y sus incentivos?

Respecto a los agentes públicos, conforme a criterios de racionalidad práctica, también existe la posibilidad de que el burócrata maximice su imagen y prestigio como persona, como profesional o como autoridad, noción de prestigio del agente que puede relacionarse con óptimos sociales contenidos en normas jurídicas o a su vez en normas sociales y en el caso del ámbito social puede también referirse a prácticas o acuerdos sociales implícitos que se alejan de las normas y que a su vez pueden incentivar comportamientos desviados.

Dado que la Administración se expresa a través de su burocracia, las decisiones económicas relevantes, son parte de su gestión diaria y todas se desarrollan generalmente dentro de un contexto completamente predeterminado, a través de procedimientos administrativos, que en virtud de su respeto y cumplimiento formal, le otorgan una cobertura frente a posibles responsabilidades. No obstante, para un conocedor del funcionamiento del ámbito público existe la posibilidad de encontrar los mecanismos jurídicos sea para transgredir o evadir las normas,⁶² en el caso de tener incentivos relevantes que movilicen su comportamiento.⁶³

Los agentes públicos cuentan con el poder de la información que administran,⁶⁴ la que puede utilizarse por el burócrata según sus preferencias,⁶⁵ sea para mejorar su desempeño

⁶² Es importante tener en cuenta a la noción jurídica de elusión, práctica que otorga cierto nivel de cobertura jurídica a transacciones que pueden ser cuestionadas por el derecho formal, p.e. velo societario.

⁶³ El desempeño de un cargo público sea como burócrata o político, sin perjuicio de los diferentes niveles de capacidad de gestión y decisión, genera un grado de incidencia del agente público en la misma, factor que según la distribución de funciones y su grado de especialidad, puede generar a su vez la existencia de ámbitos o sectores de poder al interior de la estructura administrativa del Estado, el mismo que se sustenta en el dominio de la información respecto de la actividad pública, tanto de contenido como de procedimiento.

⁶⁴ Los problemas de falta de transparencia y acceso a la información, generan bajos niveles de exposición de la burocracia en sus decisiones, barreras que constituyen condiciones que favorecen al comportamiento corrupto por parte del agente público.

profesional en caso de que se maximice el prestigio,⁶⁶ pero también puede ser utilizado como un medio para desarrollar redes de corrupción⁶⁷ política o burocrática, que les permita a los agentes públicos acceder a beneficios lícitos o ilícitos a través de la función que desempeña dentro de la Administración Pública.⁶⁸

En el caso de los agentes privados el incentivo social se da más bien por la ausencia de una sanción social en caso de obtener beneficios mediante corrupción y por el contrario puede inclusive existir el reconocimiento social a la necesidad de acceder a dicha clase de prácticas, dado el incremento de bienestar que producen frente a otras actividades de mayor valor para los agentes, teniendo en cuenta el ahorro en tiempo que implica su uso y la certeza y rapidez en el acceso al beneficio, frente a una baja probabilidad de sanción.

1.3.1.3. Externalidades de la corrupción

El análisis coste⁶⁹ - beneficio de los agentes para decidir si incurren en corrupción o no, se refleja a través de la relación entre el beneficio y el coste esperado de la corrupción, último que se obtiene en función de los costes individuales de los agentes como consecuencia del régimen sancionatorio y de la valoración que puedan hacer respecto de la probabilidad de sanción del ilícito.

⁶⁵En el caso de los funcionarios de nivel bajo en la escala profesional, que por ello no se encuentran en posibilidad de ejercer influencia en los órganos de poder y decisión, teniendo en cuenta que no tienen posibilidades de incrementar sus ingresos monetarios con un mayor esfuerzo laboral, lo que intentarán maximizar será el ocio y la comodidad en su trabajo, permaneciendo el menor número posible de horas y ejerciendo presión para que los horarios, las vacaciones u otras condiciones de trabajo se adapten, en el mayor grado posible, a sus conveniencias individuales.

⁶⁶En un esquema ordenado de desarrollo de carrera, un eficiente desempeño profesional debería representar un ascenso, con el consecuente beneficio económico y reconocimiento profesional, así como también nuevas posibilidades de aprendizaje profesional, y en el caso de las autoridades políticas puede representar una carrera política limpia que le permita acceder a nuevos espacios de poder.

⁶⁷Las elecciones tendrán un importante grado de relación con el nivel real de incentivos con los que cuenta la Administración respecto del desarrollo y proyección profesional de los agentes.

⁶⁸Los incentivos de los agentes públicos tendrán mayores o menores niveles de incidencia, según los agentes que intervengan y el segmento del mercado en el que desarrollen su actividad.

⁶⁹El concepto económico de coste se ha utilizado en dos versiones generales: 1) en sentido de consumo o sacrificio de recursos de factores productivos y, 2) en el sentido de coste alternativo o de oportunidad.

La relación coste - beneficio al momento de elegir implica una relación entre incentivos y restricciones cuyo resultado a criterio del agente le coloca en una mejor situación. En términos teóricos y de modo ejemplificativo, respecto de los costes se pueden diferenciar entre aquellos relacionados con la ejecución del acto y con sus resultados, en el siguiente sentido: (1) Costes de transacción:⁷⁰ que incluye a los costos de negociación y de ejecución (ocultamiento del hecho, ejecución del beneficio)⁷¹; (2) Costes de corrupción: que incluye la cuantía del soborno, sea en dinero circulante u otro tipo de intercambio material; (3) Costes de oportunidad: que incluye los beneficios que pierde el agente como consecuencia de no recibir el beneficio en forma oportuna; (4) Costes relativos al prestigio y reconocimiento social; (5) Coste Social.

Sin embargo, esta relación coste - beneficio, para expresarse como una utilidad esperada, debe relacionarse a su vez con la probabilidad percibida de sanción, conforme se señaló en el modelo de Becker, utilidad que tendrá un valor positivo o negativo, en función del comportamiento de cada una de las variables.

La obtención de beneficios mediante corrupción está determinada por barreras de ingreso que en suma pueden ser cuantificadas económicamente, a través de los *costes de transacción y de corrupción*, barreras monetarias que en caso de una valoración elevada del beneficio, que se relaciona también con los *costes de oportunidad y los costes relativos al reconocimiento y prestigio*; y una probabilidad de sanción baja, buscarán ser superadas no solo por quienes poseen recursos económicos, sino por quienes no los tienen, dado que según la naturaleza del beneficio, garantizarlo puede asimilarse a una inversión, por los beneficios que puede crear la posibilidad de cubrir el costo económico de la corrupción y la obtención

⁷⁰ Ronald H. Coase, "El Problema del Costo Social", trabajo publicado originalmente en "The Journal of Law and Economics" (octubre 1960), traducción basada en la publicación original con la debida autorización, por "Estudios Públicos"

⁷¹ Los costes de transacción en el supuesto de corrupción sistémica se disminuyen al existir un sistema con la lógica de funcionamiento de un mercado.

de un mejor nivel de ingresos, p.e. soborno para obtención de empleo público o para migración ilegal.

Para el agente privado la decisión de obtener el beneficio por corrupción encuentra un desequilibrante en el *costo de oportunidad*, dado que la variable tiempo puede ser determinante al momento de obtener y cuantificar el beneficio, el mismo que puede traducirse tanto en ganancias económicas como en bienestar por consumo, aspectos importantes en la función de utilidad de los agentes.

Respecto de los *costes relativos al prestigio y reconocimiento social*, se observa que el factor prestigio puede ser relativo, es decir puede ser causa de prestigio el ser honesto o gozar de buena reputación, caso en el cual, por citar un ejemplo, se consideraría un costo o una forma de sanción mediática, la divulgación de una noticia que contengan acusaciones de actos de corrupción en su contra. Pero por otra parte, también puede ser fuente de prestigio el acceder a beneficios con poco esfuerzo y sin recibir una sanción, segundo supuesto que se adecúa a los casos en los que existen prácticas sociales desviadas, a los que se denominó anteriormente como acuerdos sociales implícitos. El *costo social* se refiere al perjuicio que genera la utilización de los recursos públicos para fines distintos a los de la Administración.

En un momento inicial del abordaje de la problemática de la corrupción, la literatura económica advirtió la existencia de efectos de redistribución de riqueza⁷² y bienestar, a través de ciertos niveles de corrupción. Posteriormente, la presencia de niveles de corrupción sistémica ha permitido evidenciar que los costos sociales⁷³ superan la ganancia esperada de cada una de las partes con la ejecución de los actos de corrupción, generando un conjunto de

⁷² Se señala que “Dentro de la tradición funcionalista de la ciencia política se ha argumentado en ocasiones que la corrupción puede promover la eficiencia al permitir a los agentes del sector privado corregir los fallos de gobierno existentes”, tomado de Salinas Jiménez, María del Mar/Javier, “Corrupción y actividad económica: una visión panorámica”, Hacienda Pública Española /Revista de Economía Pública, 180-(1/2007):109-137, 2007, p. 122

⁷³ Según el ámbito de cálculo de los costes y su resultado, los costes pueden ser privados y sociales, últimos que son los derivados de la utilización por el sector privado de bienes públicos que afectan al bienestar actual o futuro de la sociedad.

externalidades negativas que hacen que el nivel de actividad de los agentes en corrupción se aleje del óptimo social, con la consecuente pérdida irrecuperable de eficiencia de la sociedad en su conjunto.

En esta línea, si analizamos la corrupción a partir del acuerdo entre los agentes, observamos que éstos individualmente estarían aumentando sus niveles de utilidad y por tanto su bienestar total, lo que genera respecto de su interacción, un óptimo de Pareto. Sin embargo, como consecuencia de las externalidades negativas que genera la corrupción, existe diferencia entre el aumento de la suma total del bienestar de los agentes por actos de corrupción y los factores relacionados con el bienestar de la sociedad en su conjunto.

Las externalidades de la corrupción producen costos sociales relacionados con el funcionamiento de la Administración Pública y el funcionamiento deficiente de las instituciones y los servicios públicos, con la consecuente disminución de la calidad de los servicios públicos y de la burocracia; y, una asignación ineficiente de los recursos y servicios públicos.⁷⁴

En términos económicos la corrupción como fenómeno institucionalizado, genera una *pérdida neta del bienestar*, que se produce porque *lo que ganan los que ganan -agentes- es menos de lo que pierden los que pierden –sociedad en su conjunto*, efecto que estaría causando costos sociales superiores a las ganancias individuales de los agentes y por tanto ineficiencia desde el punto de vista de la sociedad en su conjunto, consecuencias que se derivan de las *externalidades negativas* que ocasionan los actos de corrupción.

⁷⁴ Los costes sociales relacionados con los costes directos públicos de la Administración, son entre otros: materiales, personal, infraestructura y servicios básicos, control administrativo y servicios públicos gratuitos.

1.3.2. El modelo de disuasión criminal aplicado al control de la corrupción

Según el modelo teórico planteado por Becker (1968), las sanciones penales se consideran un mecanismo de disuasión, que implica para el agente infractor un costo que se expresa en un valor esperado, que incluye la pena más su probabilidad de aplicación.

En el modelo hay un coste específico aplicable a la persona que toma la decisión, la misma que decide teniendo en cuenta la sanción o multa (f) y su percepción respecto de la probabilidad de ser sancionada (p).⁷⁵

Esta relación implica un coste esperado para el individuo y conforme el modelo, los disuadidos son quienes obtienen un beneficio menor o igual al costo esperado. Y las personas que delinquen son quienes obtienen un beneficio mayor.

<p style="text-align: center;">MODELO DISUASIÓN</p> <p style="text-align: center;">$p \times f$ (Coste esperado)</p> <p style="text-align: center;">Coste esperado (CE) Vs Beneficios (Y)</p>

Según el modelo de disuasión criminal, la utilidad esperada de cometer un acto de corrupción, se obtendría conforme la siguiente función:

$E[U] = pU(Y - f) + (1 - p)U(Y)$

Donde U es la función de utilidad individual, p es la probabilidad subjetiva de ser descubierto y sancionado, Y es el valor de la satisfacción que genera el acto de corrupción (con un equivalente monetario) y f es el equivalente monetario de la pena. Bajo los supuestos de este

⁷⁵ La probabilidad de sanción tiene una relación elevada con los precedentes sentados para casos análogos y la actitud de las partes frente a esta información.

modelo, el agente cometerá la ofensa si la expectativa de su utilidad es positiva y se abstendrá de hacerlo si es negativa.

Respecto de la relación entre ingresos, Becker considera al ingreso y a la pena relativos a una infracción, como separados de otros ingresos, luego autores tales como Brown y Reynolds toman al ingreso inicial del agente como un punto de referencia,⁷⁶ criterio último que no es adoptado en el estudio, pues el objetivo de la investigación se centra en el análisis de las políticas públicas aplicadas y promovidas por el Estado.⁷⁷

Becker señala que si la elasticidad de la utilidad esperada respecto a la probabilidad de castigo, supera la elasticidad de la utilidad esperada respecto de la sanción, en valores absolutos, los agentes actuarán con una tendencia marcada al riesgo “risk lovers”, siendo posible plantear la existencia de un efecto renta y sustitución.⁷⁸ Por tanto, la probabilidad y severidad de la sanción son adecuadas para disuadir a personas adversas al riesgo, con grados menores de disuasión respecto de los denominados “risk lovers”.

La disuasión de la criminalidad a nivel de las estructuras institucionales de control del Estado, se genera mediante normas y sistemas de gestión administrativa y judicial, dirigidos al comportamiento de la burocracia y los agentes privados, lo que nos ubica en una estructura

⁷⁶ Caso en el cual la función de utilidad se expresa así: $E[U] = PU(W - f) + (1 - P)U(W + g)$, donde W es el ingreso presente y g es la ganancia que le otorga el crimen. En este supuesto, se considera que el crimen será cometido si la utilidad esperada es superior a la utilidad relativa al ingreso inicial, tomado de “Economics of Crime”, p. 294.

⁷⁷ Entre otros autores cabe señalar que “Heineke [105] has presented a somewhat different type of model where the individual allocates his or her time (and not his or her wealth or income) between legal and illegal activities. The individual’s income is assumed to be equal to the sum of three elements:

(1) exogenous income;

(2) the monetary and monetized benefits and costs of legal activities;

(3) the monetary and monetized benefits and costs of illegal activities.

Monetization implicitly takes place if an individual, having to choose between actions involving non-monetary gains and losses, acts rationally according to certain axioms. If convicted, this income is reduced by a factor that represents the monetary and monetized costs of crime, tomado de “Economics of Crime”, p. 296.

⁷⁸ “The substitution effect of a more severe punishment will consist in less crime. The sign of the income effect will depend on individual attitude toward risk. For a risk lover the income effect is positive, and the total effect on crime of a change in severity becomes indeterminate.” Tomado de “Economics of Crime”, p. 295.

de control que cuenta con nudos críticos, cuyos resultados generan un efecto de disuasión marginal que influye en el incremento de la probabilidad agregada de sanción.

En la misma línea, a partir de la teoría económica del delito, esta relación también fue señalada por Stigler (1971) que describe la relación como “la respuesta óptima de agentes maximizadores de utilidad, en condiciones de incertidumbre ante las alternativas representadas, tanto por el total de beneficios y costes derivables de las actividades, legales e ilegales, que un sujeto puede emprender, como por el riesgo de detención y condena en el caso de comisión de delitos.”⁷⁹

Se concluye que la elección de cometer actos de corrupción tiene un nivel de relación significativa con la probabilidad de sanción, la misma que se reduce frente a problemas de impunidad, que otorgan a los agentes mayor certeza respecto de la obtención del beneficio ilícito, en concordancia con sus preferencias reveladas.

A partir de la teoría económica se establecen relaciones entre el conjunto de estrategias de política propuestas por el Estado, lo que involucra la variación de las sanciones y de los procedimientos de juzgamiento y sanción; así como también de los resultados de esta aplicación.

La aplicación del modelo de disuasión planteado por Gary Becker al ámbito anticorrupción, parte de la obtención del coste esperado de incurrir en actos de corrupción o coste esperado del delito, conforme la ecuación compuesta por la probabilidad de sanción (p) y la sanción efectiva (f):

COSTE ESPERADO DEL DELITO

$$CED = p \cdot f$$

79 Ma. J. Calle, R. Gómez, T. Gómez, L.F. de la Macorra, M.A. Molina, E. Moral, A. Muñoz, I. Rodríguez y Ma. Rubio, “G.J. Stigler: Un nobel para la Microeconomía, p. 18

La relación planteada por Becker parte de la maximización de una función de utilidad individual, enfoque que permite realizar un análisis predictivo sobre las posibles decisiones de los agentes, a partir de un análisis de los incentivos y preferencias que contienen las sanciones y la probabilidad de sanción que genera el sistema institucional de control.

Los agentes pueden incurrir en corrupción a fin de aumentar su utilidad esperada, evitando así los posibles costos de oportunidad que le puede generar el trámite legal o el cumplimiento de las reglas, priorizando la obtención de un beneficio presente frente a un beneficio futuro. En este sentido, el juego cooperativo en corrupción estaría definido con total precisión por la distribución de los pagos -efecto renta-, en función de las restricciones que puede generar el sistema de control.

La investigación parte, por tanto de la hipótesis de que una estructura institucional débil, tanto en cuanto a su funcionamiento, en la prestación de servicios públicos, como respecto de la efectividad de las instituciones de control y sanción; promueve incentivos hacia la corrupción para los diferentes actores de la sociedad y no únicamente para los grupos de criminalidad organizada.

Los supuestos del modelo aplicado al control de la corrupción, parten de los siguientes elementos: agentes, beneficio (Y), sanciones (f) y probabilidad de sanción (p).

En cuanto a los agentes se asume que el cometimiento de un acto de corrupción pública ocasiona un problema de agencia respecto de los intereses públicos, donde la burocracia interviene como -agente- y la ciudadanía como -principal- por la afectación al interés colectivo que representa el acuerdo en corrupción entre agentes públicos y privados.

En cuanto a la variable (Y), relativa al beneficio o nivel de satisfacción que genera el acto de corrupción, a pesar de que el planteamiento teórico del modelo considera tanto el ingreso monetario como el nivel de satisfacción psicológica que logra el agente con el comportamiento ilícito, con un equivalente monetario; para el caso de estudio se prescinde

del análisis del factor psicológico, por lo predominante de la orientación del comportamiento ilícito, hacia la obtención de rentas.

La sanción conforme el modelo de Becker es parte de los elementos fundamentales del proceso de disuasión del comportamiento humano, la misma que debe contener una estructura de incentivos determinados, que articulados a los incentivos que genera la probabilidad de sanción, permiten un análisis sobre la aplicación de las medidas de control y sanción adoptadas y promovidas por el Estado.

La probabilidad de sanción (p) es la principal variable que articula el análisis de las políticas anticorrupción aplicadas, en el que interviene el componente subjetivo con el que evalúan los agentes el nivel de eficacia del sistema de control, a partir de las percepciones existentes sobre la probabilidad de una sanción efectiva, información que conforme la teoría económica tiene un grado de influencia en la decisión de los agentes de incurrir en actos de corrupción.

El análisis resalta la funcionalidad de una probabilidad de sanción óptima, que reduzca los incentivos a comportamientos cooperativos en corrupción, los que se relacionan con la percepción subjetiva de los agentes de la probabilidad de que se le apliquen las sanciones previstas en el ordenamiento jurídico, la misma que parte de la estimación de ocurrencia de eventos futuros basados en la información disponible -efecto atribución-, así como también en el sesgo retrospectivo que implica que se estime más frecuente a determinados resultados. En este sentido, en caso de que la probabilidad de que se produzcan los efectos no deseados de acudir al comportamiento corrupto –sanción- sea baja, los agentes otorgarán una valoración superior a aquello que logran en el presente a través de incurrir en corrupción.

La probabilidad subjetiva de sanción para la temática anticorrupción, se asocia con la probabilidad agregada que generan los procesos de detección, juzgamiento y sanción de

posibles actos de corrupción, etapas del proceso de control que determinan el grado disuasorio de los instrumentos y políticas de control que genera el sistema.

En este contexto, la probabilidad de sanción tiene una función conformada por las líneas por las que atraviesa el control anticorrupción: la detección (D), el juzgamiento (J) y la aplicación efectiva de sanciones en casos de corrupción (S), en cada uno de los cuales influye la percepción de los agentes respecto de la probabilidad de sanción, conforme la siguiente función:

<p>PROBABILIDAD DE SANCIÓN</p> <p style="margin: 10px 0;">+ +</p> <p>$p = f(D, J, S)$</p>

El sistema de control anticorrupción depende por tanto de la fortaleza o debilidad de cada uno de los nudos críticos del sistema de control y sanción, a través de la aplicación efectiva de sanciones penales y pecuniarias, que integran una probabilidad agregada con diferentes niveles de disuasión en el comportamiento de los agentes.⁸⁰

En este sentido, dado que la (p) del modelo se compone por la suma agregada de probabilidades que genera el funcionamiento de los diversos componentes del sistema de control, el levantamiento de la información y el análisis de las políticas aplicadas al caso de estudio se organizaron por su grado de relación con los procesos de detección, juzgamiento y sanción, aspecto que es parte de la aplicación del modelo y que se desarrolla en el Capítulo III.

⁸⁰ En virtud de los datos disponibles, en la aplicación del modelo al caso de estudio, la variable sanción se considera incorporada a la variable juzgamiento.

1.3.3. Teoría económica del comportamiento burocrático

El comportamiento de los agentes a partir de la microeconomía⁸¹ se analiza a partir de dos modelos explicativos del comportamiento humano: los modelos de asignación de recursos y los modelos de agencia.

Por su contenido, los modelos económicos de asignación de recursos son aplicables a agentes públicos y privados; y son parte de sus posibles estructuras de incentivos, restricciones y criterios de maximización. Estos modelos tienen concordancia con la interpretación de la corrupción como parte de las actividades de búsqueda de rentas, donde las diferencias en los beneficios entre éstas y las actividades productivas legales, se encuentran incorporados en las diferentes posibilidades de la función de utilidad de los agentes.

Los modelos de agencia son aplicables específicamente a los servidores públicos, donde principal y agente se expresan a través de la burocracia y autoridades públicas respecto de los fines de la Administración.

En cuanto al comportamiento de los agentes públicos, conforme el modelo económico de burocracia, se parte de reconocer que existen otros elementos en la función de utilidad de los funcionarios además del bienestar general y el interés del Estado, situación que a partir de la microeconomía conduce a un problema de agencia que plantea la necesidad de determinar las condiciones bajo las cuales el comportamiento de los burós⁸² puede ser consistente con los objetivos de la colectividad.

⁸¹ Salinas Jiménez, María del Mar/Javier, Corrupción y actividad económica: una visión panorámica, Hacienda Pública Española /Revista de Economía Pública, 180-(1/2007):109-137, 2007, pág. 118

⁸² La actuación de la burocracia se expresa a través de la Administración Pública como persona jurídica, la misma que se relaciona a través de sus órganos, los que se encuentran representados por sus funcionarios y dignatarios.

En este contexto tenemos funcionarios cuya atribución y deber es el cumplimiento de los fines del Estado,⁸³ quienes a su vez como seres humanos tienen también sus propias motivaciones, las cuales no siempre van a tener identidad con las de la Administración, factor que busca ser controlado por el derecho público a través de restricciones relacionadas con los regímenes de responsabilidad, control y sanción.

De acuerdo al grado de eficacia en la disuasión del sistema jurídico, en términos racionales existe una probabilidad adecuada respecto de la coexistencia de las diferencias existentes entre los fines de la Administración y la estructura de incentivos de los funcionarios como individuos, y por tanto respecto de la existencia de un equilibrio en la estructura de incentivos particulares del funcionario, no obstante esta probabilidad puede disminuir considerablemente cuando al interior de la Función Pública no existen las condiciones e incentivos adecuados.⁸⁴

En este sentido, los servidores públicos se encuentran habilitados para tomar decisiones orientadas en intereses y los problemas de agencia surgen cuando la decisión del servidor público se orienta ilícitamente al interés privado, en perjuicio del legítimo interés público que se encuentra en el deber jurídico de privilegiar,⁸⁵ falta de concordancia entre el comportamiento de los servidores públicos frente a los fines de la Administración y el Estado, que refleja un problema de agencia con repercusión social.

En términos generales, los agentes que participan en el cometimiento de actos de corrupción, respecto del ámbito público, son burócratas o servidores públicos, o a su vez

⁸³ En su sentido más amplio los fines de la administración son los objetivos últimos del Estado, tales como: la conservación de la paz y el orden, la realización progresiva de la justicia, la educación, salud, seguridad, el ajuste y la transacción entre los grupos y los intereses antagónicos, en suma el logro de un mejor nivel de vida de la población.

⁸⁴ Lo que puede producirse p.e. por un inadecuado desarrollo de carrera o niveles elevados de impunidad en un contexto de corrupción sistémica, etc.

⁸⁵ Cabe señalar que la influencia de los incentivos políticos en el agente aportarían a la opción de incurrir en una decisión que maximice su utilidad.(Max H. Bazerman y Margaret A. Neale)

políticos o autoridades de elección popular,⁸⁶ quienes en razón de su cargo interactúan con el ámbito privado, con personas particulares individuales o asociadas, lo que implica un contexto jurídico, político, económico y social diferente para cada ámbito y por tanto la existencia de estructuras de incentivos y preferencias individuales con sus propias particularidades.

Conforme a su nominación y nivel,⁸⁷ la burocracia administra niveles diferentes de información, poder, capacidad de influencia, decisión y responsabilidad, por tanto existen niveles diferentes de relación entre los agentes públicos: el patrocinador, esto es la autoridad político administrativa y el buró.

Las particularidades de acceso a la información y de niveles de decisión de los agentes públicos hacen que el buró tenga un papel dominante, asimilable al de monopolio y por tanto que el patrocinador tenga un papel más bien pasivo, situación que se verifica en mayor medida en el caso de organizaciones colectivas grandes.

Según los niveles de influencia del poder político en la burocracia,⁸⁸ existe la posibilidad de que los burócratas adopten un comportamiento de indiferencia relativa frente al grupo de poder que se encuentre en los principales cargos directivos, pues la burocracia administra un cierto grado autónomo de decisión en los ámbitos a su cargo, respecto de los cuales puede mantener grados de reserva sobre cierta información, dependiendo de la

⁸⁶ Las nociones sobre las características y comportamiento de los agentes públicos, en el ámbito burocrático y político, en condiciones normales, a partir de la economía se interpretan desde las nociones del modelo económico de comportamiento burocrático de Niskanen, y de “public choice” respectivamente.

⁸⁷ Un funcionario según su rango o nivel, obedece en su comportamiento, sea a objetivos de dirección, en caso de ocupar cargos directivos, lo que implica que en el caso de una persona que busque maximizar el prestigio profesional y el éxito de su período, lo racional conduciría a que centre en mayor medida sus competencias en ámbitos de gestión administrativa y lobbying político, a fin de conservar su cargo y responder a las necesidades de quienes lo designan, de cuya relación dependerá en gran medida su estabilidad. Y en caso de ocupar cargos relativos a mandos medios o bajos, obedece a criterios relativos a condiciones que aseguren su estabilidad en el cargo atadas básicamente a las causales de remoción de sus cargos establecidas en la Ley.

⁸⁸ Partiendo de la estabilidad del funcionario, se observa como alternativa una relación opcional con el poder político, dependiendo de los niveles de influencia del ámbito político en los diferentes niveles de acceso a ventajas o desventajas burocráticas o personales y de los objetivos y preferencias del burócrata.

eficiencia de los mecanismos de control, información que bajo el supuesto de un comportamiento desviado, puede ser utilizada sea para beneficio del buró en desconexión con los fines de la administración o a su vez en beneficio personal en perjuicio del buró, de la Administración y de la ciudadanía.⁸⁹

Partiendo del modelo económico planteado por Niskanen, la relación del buró con su patrocinador, que para generalizar diríamos es el Estado a través de la Administración Pública; determina que “no son las preferencias de los electores lo que es importante para el buró, sino su influencia sobre las preferencias reveladas de su patrocinador”⁹⁰ lo que determina cierto nivel de desconexión ... “entre la demanda real⁹¹ de la población y la demanda expresada por la organización colectiva dentro de un marco institucional determinado...”⁹²

El postulado planteado nos enfrenta a un doble problema de agencia, por una parte, el existente entre los intereses de la población y la estructura institucional, y por otra, entre la actuación del burócrata y sus intereses y la realización de los fines de la Administración Pública, ya que la función de utilidad del funcionario se diferencia y puede incluso contraponerse con las necesidades reales de la población, entendidas como parte del interés público, pues media en la decisión su bienestar, sea como burócrata o como particular versus el interés de la entidad pública y los intereses de la colectividad, lo que aumente la

⁸⁹ Se considera que los márgenes de decisión individual o de discrecionalidad del funcionario, de no operar adecuadamente el sistema de disuasión, también pueden influir en la elección conforme a su estructura de incentivos, en función de lo cual existirá una mayor o menor probabilidad de la desviación de la conducta.

⁹⁰ William A. Niskanen, *“Cara y Cruz de la Burocracia”*, Traducción Española por Rafael Muñoz de Bustillo, Espasa CALPE S.A., Madrid 1980.

⁹¹ La teoría económica de la burocracia señala lo importante que sería mejorar la relación entre la demanda real de la población y la demanda expresada por la organización colectiva dentro del marco institucional, a efectos de que las actividades de un buró cumplan su papel de servicios intermedios, es decir aquellos que tienen valor en función de su efectividad, en términos de la relación entre presupuesto o coste y el nivel de actividad.

⁹² William A. Niskanen, *“Cara y Cruz de la Burocracia”*, Traducción Española por Rafael Muñoz de Bustillo, Espasa CALPE S.A., Madrid 1980.

probabilidad de que el burócrata busque maximizar su función de utilidad mediante corrupción.

Dada la posibilidad de la existencia de un conflicto entre los intereses de la Administración y el funcionario que la representa, se plantea un rango de posibles decisiones de los funcionarios respecto de su gestión, que pueden ir desde decisiones ineficientes, en el contexto de la Administración Pública, sea por inacción debido a motivos de protección personal frente a un rígido sistema de responsabilidad, por acciones erradas debidos al desconocimiento de los mejores criterios técnicos de decisión, o por acciones desviadas que superen los límites de lo legal, en las que se privilegie el interés particular sobre el público.

Respecto de los políticos⁹³ se plantea la existencia de problemas de información sobre su comportamiento por parte de los votantes,⁹⁴ lo que genera que no se encuentren suficientemente disuadidos para actuar en concordancia con los intereses de sus electores, guardando una independencia relativa al momento de elegir frente a intereses políticos y económicos, creando así incentivos para que elijan maximizar su bienestar a través de actos de corrupción.

En cuanto al comportamiento de los agentes privados existen diferentes posibilidades, tales como, la presencia de grupos criminales, grupos marginados, así como también puede darse el caso de que nos encontremos frente a comportamientos individuales reiterados, ocasionados como consecuencia de servicios públicos deficientes.

La existencia de actos de corrupción plantea una capacidad de influencia de los particulares, ajena a los fines de la Administración, la misma que puede expresarse por su capacidad de transferencia de rentas a los agentes públicos o a su vez por la posibilidad de

⁹³ Cabe señalar que a partir de la teoría económica, el modelo burocrático de Niskanen no es aplicable a los políticos, cuyo comportamiento se explica a partir de la teoría de la elección pública “Public Choice”.

⁹⁴ Rocío Albert – Francisco Cabrillo, Gresham’s law in politics: Why are politicians not the most remarkable men for probity and punctuality?

inserción del agente público en círculos de poder que pueden repercutir en beneficios económicos, sociales o electorales.

Esta capacidad de influencia del sector privado hacia las autoridades públicas, puede expresarse en la formulación de leyes, regulaciones o políticas enfocadas ilegal o inequitativamente, al beneficio de grupos económicos determinados, sean de poder político o económico; situación que respecto de la burocracia pueden expresarse p.e. en condiciones de acceso privilegiadas respecto de la prestación de servicios públicos, en adjudicaciones ilícitas de adquisiciones, entre otras.

En el supuesto de actos de corrupción relacionados con la obtención de prestaciones o servicios públicos, la necesidad del agente puede ser ocasionada en parte, por la falta de capacidad de la Administración para responder oportuna y adecuadamente en la prestación de los servicios públicos, frente a una provisión excluyente de los mismos por parte del Estado.

Mientras que en el supuesto de negociaciones contractuales con el Estado, el particular como agente económico persigue un interés económico privado, por lo que actuar en corrupción puede generarle una posibilidad para mejorar su bienestar a través de lograr la colocación productiva de su actividad económica, asegurándola mediante el soborno.⁹⁵

1.3.4. Teoría económica del “Public Enforcement of Law”

La teoría económica del “Public Enforcement of Law” plantea el problema del cumplimiento de la Ley, a partir del análisis teórico relativos a los tipos de sanciones que puede establecer el Estado; y, la incertidumbre del comportamiento de los agentes frente a la amenaza que dicha sanción propone, en función de su orientación hacia el riesgo.

⁹⁵ El particular como ciudadano de un país, como resultado de un sentido de pertenencia a su lugar de origen, podría incorporar también en su función de utilidad, algún nivel de incentivo respecto del cumplimiento de los fines del Estado al que se pertenece.

Esta relación de disuasión que se produce en el proceso de aplicación de la Ley, plantea la importancia de la vigencia del sistema de derecho y sus problemas de aplicación, a partir de criterios de racionalidad económica, donde el problema fundamental del cumplimiento de la Ley, se considera como un problema de maximización del bienestar social.

En este planteamiento teórico, maximizar el bienestar social implica una relación costo - beneficio, entre los beneficios individuales obtenidos por el rompimiento de la ley, versus los costos individuales en los que incurre el infractor para violar la ley, los daños que esta violación genera y los costos de captura e imposición de sanciones en los que tiene que incurrir el sistema de control.

Conforme este planteamiento teórico, las principales alternativas del Estado para la elección de políticas orientadas a fortalecer el cumplimiento de la Ley se refieren a: (1) las reglas sancionadoras y su relación entre la aplicación y el nivel de daño causado o no; (2) la forma de la sanción, que se clasifica en monetaria o no monetaria, donde se asume la sanción monetaria como el tipo de sanción menos costosa socialmente, en relación con las penas privativas de libertad, así como la posibilidad de combinar las sanciones, en busca de optimizar el bienestar social; (3) la magnitud de la sanción; y, (4) la probabilidad de detectar a los infractores y aplicar las sanciones previstas por el sistema jurídico.

Se analiza el problema entre el nivel óptimo del cumplimiento de la Ley y el cumplimiento en la práctica; para lo que se parte de la importancia de que exista un nivel de coherencia, entre el diseño de las normas y la función de bienestar social que desarrolla el planteamiento teórico; y, por otro lado, el costo que implica elevar la probabilidad de detección y sanción.

La teoría del cumplimiento óptimo de la Ley explica la razón por la cual, la sociedad usa la sanción de prisión, para conductas consideradas elevadamente dañinas, pues se considera que el daño causado es sustancial y que las mismas suelen tener una baja

probabilidad de detección, por lo que se utiliza la pena más grave con el fin de mantener un nivel adecuado de disuasión e inducir un comportamiento socialmente óptimo, a partir de un nivel de actividad adecuado.⁹⁶

Una relación adecuada entre el nivel de disuasión de la norma y la probabilidad de detección puede elevar las posibilidades de un gasto óptimo en el control y aplicación del cumplimiento de la Ley. Sin embargo, la posibilidad de errores puede afectar la probabilidad óptima de detección, reduciendo la productividad de los procesos de control, lo que implica que el costo de lograr un adecuado nivel de disuasión se vuelve más elevado, con el consecuente alejamiento del nivel óptimo del costo del sistema de control; situación que se distorsiona aún más en el caso de presentarse problemas de corrupción en el ejercicio del control.

En este sentido, el planteamiento teórico señala que la sanción también refleja los costos que genera el sistema de control para su cumplimiento, postura que se alinea con lo planteado por Becker (1968); Stigler (1970) y Polinsky & Shavell (2007).

Por tanto, dado que el funcionamiento del sistema de control y la imposición de sanciones es costosa, es necesario buscar el nivel de sanción óptimo, cuyo nivel se calcula, a partir de la relación entre (h) nivel de daño y (p) probabilidad de detección, por tanto, la probabilidad de detección óptima, incorporada a la pena sería: $f(h) = h/p$, donde la relación entre el costo del daño y de la probabilidad de detección, no debe exceder al costo máximo posible de la sanción.

Aunque con menor atención, se menciona también la influencia de las normas sociales y morales, en el logro del comportamiento deseado, a partir de los niveles de cumplimiento de los acuerdos y pactos, no faltar a la verdad, ni ocasionar daños a terceros, elementos que se

⁹⁶ En cuanto a la gravedad de las sanciones y su relación con el nivel de daño, se plantea el efecto de la disuasión marginal, cuando existe una sanción superior respecto de un acto más perjudicial, gravedad que genera también un efecto de disuasión marginal en los agentes, respecto del cometimiento de un acto menos nocivo, planteamiento que ha sido analizado desde los orígenes del análisis teórico del tema, por Beccaria (1767), Bentham (1798), término que habría sido acuñado por Stigler (1970).

atribuyen a atributos psicológicos y sociales; normas que pueden influenciar en el comportamiento, a través de incentivos externos.

En aplicación de los planteamiento teóricos desarrollados en el presente Capítulo, la investigación se organiza en dos ámbitos, contenidos en los siguientes Capítulos, en primer lugar a partir del levantamiento de las instituciones e instrumentos de política de control aplicados y promovidos por el Estado ecuatoriano en el período 1998 - 2014; y, por otra, desde una aproximación a los niveles de disuasión del sistema de control en el comportamiento de los agentes, a partir de los resultados disponibles sobre el funcionamiento del sistema de control y su aplicación al modelo teórico de disuasión criminal, a partir de criterios de análisis económico.

CAPITULO II

INSTRUMENTOS DE POLÍTICA ANTICORRUPCIÓN EN EL ECUADOR

“Períodos constitucionales 1998 - 2008”

La investigación parte de considerar a los postulados de la Constitución y el sistema jurídico, como una regla de acuerdo social que establece límites básicos de convivencia en democracia, criterio en función del cual se parte de identificar el conjunto de mecanismos, instrumentos y políticas relativas al control de la corrupción, durante la vigencia de las Constituciones de 1998 y 2008.

Los cambios en la configuración de la corrupción como problema público en los dos contextos constitucionales elegidos, denotan transformaciones de carácter institucional y un activismo en la formulación de nuevos mecanismos e instrumentos de control, que incorporan mecanismos institucionales y sociales, con potencial de incidencia en el comportamiento de los agentes públicos y privados. Agenda nacional anticorrupción que se encuentra alineada a los esfuerzos regionales y globales que han surgido en las últimas décadas.

La naturaleza de la información seleccionada respecto del caso de estudio, se orienta al análisis de la capacidad de los diseños institucionales para modelar el comportamiento humano y las condiciones que por una parte limitan su capacidad real de disuasión, así como también aquellas que se requieren para el desarrollo de balances de poder en el sistema democrático, a partir del funcionamiento de los mecanismos de control institucional y de las diferentes modalidades de control social y rendición de cuentas (Brunetti y Weder, 2003).

2.1. El control anticorrupción en la agenda global

El control de la corrupción se encuentra articulado a nivel global y regional, como un ámbito especializado de la política criminal, que refleja los esfuerzos de los Estados en la actividad

de control, con una importante influencia de organismos e instancias internacionales, que promueven agendas e instrumentos orientados al control, cuyos lineamientos principales se observan en el Apéndice N° 14.

Los instrumentos internacionales anticorrupción que han sido dictados tanto en el marco de la Organización de Estados Americanos y la Organización de Naciones Unidas, establecen lineamientos e instrumentos para esta actividad de control, que se articulan en ejes similares de acción, así como también, a partir de recomendaciones para adecuar la legislación penal sobre delitos de corrupción a las convenciones.

El trabajo anticorrupción en el Ecuador se articula con efectos legales, a los referenciales globales de la agenda anticorrupción, a partir de la ratificación de los siguientes instrumentos internacionales: la Convención Interamericana contra la Corrupción, suscrita en el año 1996, en el marco de la Organización de Estados Americanos, OEA; y, en el marco de la ONU, la Convención de las Naciones Unidas contra la Corrupción, suscrita en el año 2003.

La Convención Interamericana contra la Corrupción, CIC, suscrita el 29 de marzo de 1996,⁹⁷ en el marco de la Organización de Estados Americanos, OEA, ha sido suscrita por 34 Estados de la región Americana. La CIC se estructura a partir de los siguientes ámbitos de acción: medidas preventivas, tipificación de actos de corrupción, extradición, asistencia y cooperación recíproca; y, medidas sobre bienes producto de la corrupción.⁹⁸

La Convención de las Naciones Unidas contra la Corrupción, CNUCC, se adopta por la Asamblea General el 31 de octubre de 2003, en la actualidad 168 Estados Partes, que incluyen a la Unión Europea, han ratificado o se han adherido a la Convención. La CNUCC

⁹⁷ La Convención Interamericana contra la Corrupción fue suscrita en Caracas el 29 de marzo de 1996, en el contexto de la Organización de Estados Americanos, OEA, y entró en vigencia el 6 de marzo de 1997.

⁹⁸ La CIC constituye el marco para el desarrollo de instrumentos de control relacionados con: conflictos de intereses, manejo de recursos públicos, la obligación de denunciar y la creación de mecanismos de protección a los denunciantes, declaración de activos, funcionamiento de los órganos de control, acceso a la Información, mecanismos de participación de la sociedad civil en la consulta, participación y seguimiento de la Gestión Pública, asistencia y cooperación, contratación de funcionarios públicos, adquisición de bienes y servicios, así como respecto de la tipificación de actos de corrupción.

se estructura a partir de cinco ejes de acción: prevención; criminalización y aplicación de la ley; cooperación internacional; recuperación de activos; asistencia técnica e intercambio de información.

Con el objetivo de promover el proceso de implementación de los instrumentos internacionales citados, en los dos casos se han creado mecanismos de seguimiento al proceso de implementación por parte de los países suscriptores.

En el marco de la OEA, en el año 2002 entra en funcionamiento el Mecanismo de Seguimiento e Implementación de la Convención Interamericana contra la Corrupción, denominado MESICIC;⁹⁹ y, posteriormente, en el siguiente período, la CNUCC crea su Mecanismo de Examen, que se aplica desde el año 2011, mecanismos de los cuales el Ecuador es parte desde su creación.

La coordinación nacional para el funcionamiento de los mecanismos de seguimiento, se ejecuta a partir de la figura de una autoridad central, competencia que en el Ecuador, ha sido asignada a organismos especializados de control anticorrupción, durante la vigencia de la Constitución de 1998, a la Comisión de Control Cívico de la Corrupción; y, durante la vigencia de la Constitución de 2008, al Consejo de Participación Ciudadana y Control Social.

2.2. Contexto histórico del caso de estudio: Ecuador 1998 - 2014

El Ecuador inicia su vida republicana en 1830 y luego de algunos periodos presidenciales, durante la década de los años setenta, surge un periodo de dictaduras militares: el gobierno “Revolucionario y Nacionalista” presidido por el general Guillermo Rodríguez Lara (1972-1976) y el Consejo Supremo de Gobierno (triunvirato 1976-1979); dictadura que al no

⁹⁹ En mayo de 2001, se reúnen los Estados parte y acuerdan la creación del Mecanismo de Seguimiento para la implementación de esta Convención, el mismo que inicia su proceso de implementación en el 2002.

encontrar perspectivas para su continuidad dirigió un proceso de retorno al orden constitucional que desembocó en un referendo en el que se aprobó la Constitución de 1978.

A partir de 1978, en una primera fase (1979-1996), se desempeñaron cinco gobiernos electos por votaciones directas y en una segunda fase (1996-2006), se producen siete gobiernos en diez años, donde existieron únicamente tres presidentes electos por votación popular: Bucaram, Mahuad y Gutiérrez, quienes fueron derrocados por movilizaciones ciudadanas.¹⁰⁰

En el macro contexto de la transición democrática del Ecuador, que se produce a partir de 1978, el análisis del caso de estudio, se ubica en la década de los noventa, donde Ecuador se considera parte de la emergencia de democracias estables con gobiernos inestables.¹⁰¹

La dinámica democrática durante este período está marcada por una suma de hechos coyunturales y conflictividad política y social, centrada en cuatro episodios históricos que desencadenan tres caídas presidenciales sucesivas: Bucaram 1997, Mahuad 2000 y Gutiérrez 2005; y un nuevo proceso constituyente, que da origen a la Constitución de 2008, actualmente en vigencia; el que es promovido a partir de la primera elección presidencial de

¹⁰⁰ Tomado de “Ecuador: Una Democracia Inestable”, Juan J. Paz y Miño Cepeda Pontificia Universidad Católica de Ecuador, Ecuador, Publicación Online: 15 Octubre 2006. <http://www.historia-actual.com/HAO/Volumes/Volume1/Issue11/esp/v1i11c8.pdf>

¹⁰¹ Conforme el trabajo académico de Pérez-Liñán (2008), la variable dependiente del estudio es las interrupciones presidenciales en Latinoamérica, que se explica a través de indicadores institucionales, de movilización popular de protesta, con una variable de control económica. Cabe señalar que además de las tres variables independientes, se incluye en el modelo un término de interacción, entre el tamaño del partido de gobierno en el Congreso y el tamaño de la protesta social, para capturar la dinámica de las coyunturas históricas en las que condiciones institucionales y sociales se potencian o se cancelan mutuamente. Los factores explicativos señalados por el autor combinan aspectos institucionales y neoinstitucionales, donde la visión neoinstitucional de la problemática se evidencia en los siguientes aspectos:

- El análisis de factores sociales relativos a la movilización social y el rol de la protesta popular y los movimientos sociales en la caída de los gobiernos presidenciales, como factores que han logrado desplazar a los militares como fuerza capaz de imponer la salida de un Presidente.
- Conceptualización de la contingencia: elemento que se relaciona con la existencia de coyunturas críticas en los casos de estudio, las que se interpretan como “Pequeños eventos y decisiones personales sin mayor relevancia teórica parecen, en circunstancias críticas, tener un peso decisivo en el curso de los acontecimientos” (Pérez-Liñán 2008: 117). Hechos entre los que se mencionan el asesinato de manifestantes en la Presidencia de Duhalde, así como la formación de una coalición callejera contra Gutiérrez a partir de la transmisión de la Radio La Luna en Ecuador.
- Otros factores, tales como la intervención medios de comunicación, condiciones económicas, presencia de escándalos de corrupción.

Rafael Correa 2007 y tiene como marco, el fenómeno político de la “Revolución Ciudadana”, liderado por Correa hasta la actualidad.

Las “caídas presidenciales” se relacionan mediáticamente con sucesivos escándalos de corrupción (Córdova, 2003), que devienen en coyunturas críticas que movilizan la demanda ciudadana de control y sanción, expresada principalmente a través de protestas callejeras, en las que participan actores individuales y miembros de organizaciones (Pérez-Liñán, 2008).

Los escándalos de corrupción ponen a prueba la fragilidad de la administración pública con consecuencias de inestabilidad política, institucional, económica y social, que evidencian los problemas de efectividad en los mecanismos e instancias de control en el Ecuador.

En esta línea, estudios sobre América Latina ubican la co-presencia de la corrupción y el patronazgo político desde sus relaciones estructurales, donde se generan incentivos para convertir las transacciones corruptas en redes estables y clientelares (Máiz, 2003). Estas relaciones en red generan condiciones favorables para diversas formas de corrupción en lo público, que en el caso del Ecuador durante el periodo de estudio se relacionan principalmente con la administración del Ejecutivo y reflejan la fragilidad en la organización y funcionamiento del Estado y sus instituciones.

El primer Presidente cuya salida del poder se relaciona directamente con escándalos de corrupción pública es Abdalá Bucaram, hechos que se encuentran ligados a la imagen presidencial y ponen a prueba los niveles de tolerancia de ciertos sectores de la sociedad ecuatoriana, donde determinadas prácticas de gestión pública encuentran límites y generan reacción social, dando paso a su salida del poder.

Esta coyuntura se expresa en dos momentos: la ausencia presidencial de facto, a partir de la salida física del mandatario en medio de protestas y movilizaciones sociales; y el

posterior arreglo político que permite oficializar la salida de Bucaram a través del Congreso Nacional, con la declaratoria de incapacidad del Presidente, el 6 de febrero de 1997.¹⁰²

Entre los actores políticos de este proceso se encuentran Fabián Alarcón Rivera, quien entonces presidía el Congreso Nacional y, en quien se articulan una suma de fuerzas políticas que canalizan el proceso de destitución de Bucaram que, dejan sin efecto la sucesión de la Vicepresidenta electa, doctora Rosalía Arteaga; y, generan un proceso de transición, donde Alarcón es nombrado Presidente Interino de la República, el 11 de febrero de 1997.

El control e investigación de los escándalos de corrupción de lo que se conoció como el “Bucaramato”, se permea en el discurso político como un objetivo del gobierno de transición y como consecuencia, una de las primeras decisiones del gobernante interino es crear la Comisión Anticorrupción, como una comisión especial de investigación ad hoc, mediante Decreto Ejecutivo 107-A, del 4 de marzo de 1997.

La presencia de una Comisión presidencial de investigación de actos de corrupción se interpreta como una reacción institucional de carácter coyuntural, donde el Ejecutivo de transición apuesta a crear señales que puedan interpretarse por la población como un reconocimiento a sus demandas de control; y, para ello, se incorporan algunos actores relacionados con los sectores sociales movilizados, decisión que dio paso al surgimiento de un conjunto de repertorios de participación y control social sobre lo público.¹⁰³

El segundo hito histórico del periodo de estudio, se refleja en la crisis bancaria de marzo de 1999, donde se evidencian un conjunto de casos asociados a problemas de corrupción, que alcanzan el mayor impacto en la vida de los ecuatorianos y ecuatorianas con

¹⁰² La fórmula política y jurídica adoptada para la transición presidencial es criticable a partir de criterios constitucionales y de procedimiento. Razón por la que se denomina como un arreglo político, que busca otorgar un marco de legalidad a la salida presidencial de Bucaram.

¹⁰³ Los elementos señalados permiten relacionar la creación de la Comisión Anticorrupción como decisión de política, con el uso de instrumentos procesales, tales como comités consultivos y la participación pública de las partes interesadas, como mecanismos correctivos de política, frente a problemas de legitimación (Howlett, Ramesh y Perl, 2009:80).

el congelamiento bancario dictado por el entonces presidente Jamil Mahuad y la posterior dolarización que aumenta la conflictividad social y ahonda en los problemas de pobreza y calidad de vida de la población ecuatoriana, con el consecuente fenómeno migratorio (Acosta, 2006).

Otra de las reacciones sociales fue la continuidad de un conjunto de movilizaciones de protesta contra la acción de los políticos y las prácticas de la administración del Estado, cuestionando su funcionamiento y la capacidad del control institucional y visibilizando formas emergentes de control desde la ciudadanía y la sociedad civil, generando un proceso de construcción de la corrupción como problema público.

El tercer hito histórico se produce en la administración del presidente Lucio Gutiérrez, entre otros factores, por la disolución de la Corte Suprema de Justicia que viabiliza la acción judicial encaminada al retorno de la figura de Abdalá Bucaram al Ecuador. Este episodio cierra el círculo de caídas presidenciales en el periodo de estudio, en el que se consolidaron las movilizaciones de diversos actores con el grito colectivo “¡que se vayan todos!”.

El cuarto hito histórico inicia con la Constitución de 2008 y tiene como actor central de la política, al Presidente Rafael Correa, quien se encuentra actualmente en funciones y culmina su período presidencial en el año 2017; líder político que ha promovido varios procesos electorales, que han ido ratificando en diferentes sentidos y grados el apoyo popular de sus propuestas y gestión, en el marco del proceso de implementación del nuevo diseño institucional aprobado mediante la Constitución de 2008.

Los hitos históricos señalados, colocan en el análisis dos escenarios institucionales de control de la corrupción, relativos a las Constituciones de 1998 y 2008, diferenciación a partir de la cual, se caracterizan los mecanismos e instituciones de control de la corrupción y su funcionamiento, con miras a observar el cambio de las políticas y su incidencia en el comportamiento de los agentes, a partir de criterios económicos.

2.3. Índices y encuestas de percepción de la corrupción en Ecuador

La crisis democrática en el Ecuador se traduce en marcados problemas de gobernabilidad,¹⁰⁴ cultura política y corrupción, que se expresan en varios ejes, entre los cuales cabe destacar los relacionados con la corrupción pública y su control, los que se relacionan principalmente con problemas de eficiencia en la administración pública y la prestación de servicios públicos, en la rendición de cuentas de los poderes públicos, en la presencia efectiva de mecanismos de transparencia, así como también en la presencia de límites respecto de una responsabilidad efectiva de los individuos por sus actuaciones ilícitas, como consecuencia de niveles elevados de impunidad.

A partir de la teoría económica, el costo esperado de los agentes cuando eligen cometer actos de corrupción CEC, se encuentra relacionado con la sanción y la probabilidad de sanción del sistema de control, elementos que se relacionan con la percepción subjetiva del agente sobre la aplicación efectiva de la sanción esperada.

En este marco, se destaca la importancia de las percepciones y valoraciones subjetivas de los agentes respecto de la corrupción en el Ecuador, la misma que puede relacionarse con la probabilidad subjetiva de sanción (p). Entre los estudios analizados respecto del Ecuador se encuentran: el Índice de Percepción de la Corrupción (IPC), publicado por la organización

¹⁰⁴ “El concepto de buen gobierno (good governance) se ha difundido ampliamente en la literatura sobre estudios del desarrollo desde principios de los años 90 a raíz de un estudio realizado por el banco mundial (World Bank, 1992) sobre la crisis y el crecimiento sostenido en el África Subsahariana y la importancia del mencionado buen gobierno en el desarrollo económico. Según el estudio, el fracaso en muchos países africanos de las políticas de ajuste estructural se habría debido precisamente a la ausencia de aquél, esto es, al mal gobierno (poor governance) reinante, que habría dificultado las necesarias inversiones extranjeras. Este mal gobierno se caracteriza por problemas como: a) la falta de responsabilidad y de una rendición de cuentas de los poderes públicos; b) la falta de transparencia; c) la escasa capacidad de previsión de los políticos y funcionarios; y d) la ausencia del Estado de derecho.”, tomado de Diccionario de Acción Humanitaria y Cooperación al Desarrollo <http://dicc.hegoa.efaber.net/listar/mostrar/24>

Transparencia Internacional¹⁰⁵ desde 1995; la encuesta de Corrupción y Buen Gobierno del 2007, también realizada por Transparencia Internacional Ecuador; y, las encuestas sobre Índices de victimización por corrupción elaborados por el Barómetro de las Américas 2006.

2.3.1. Índice de percepción de la corrupción

Como un acercamiento a la percepción de la corrupción como problema público y sus efectos en el Ecuador, tenemos la variación del Índice de percepción de la corrupción del 2001 al 2008, que consiste en un índice compuesto basado en diversas encuestas a expertos y empresas, sobre los niveles de percepción de la corrupción en el sector público en un país determinado y que existe respecto del Ecuador desde el año 2001, preguntas que entre otros aspectos consultan también sobre el funcionamiento del sistema de control.

El IPC mide la percepción de la corrupción, en una escala de cero a diez, donde los índices tendientes a cero reflejan una percepción de mayor corrupción y los tendientes a diez reflejan una percepción de ausencia de corrupción. No obstante que el mecanismo de obtención del IPC, genera que se cuestione su fiabilidad,¹⁰⁶ pues se considera que puede ser el resultado de los intereses de los expertos y las empresas de los países consultados. Los resultados de este índice tienen una difusión pública elevada a nivel nacional e internacional, fuente de información que puede influir y condicionar la percepción de agentes públicos y

¹⁰⁵ Transparencia Internacional es una organización de la sociedad civil fundada en 1993; red global que incluye más de 90 capítulos nacionales establecidos a nivel local y de capítulos-en-formación, cuya misión es crear el cambio hacia un mundo libre de la corrupción, tomado de www.transparency.org

¹⁰⁶ “Seligson (2002, 2006) señala tres debilidades del IPC y de otras medidas de percepción de la corrupción. Primero, el índice se fundamenta en *percepciones* sobre de la corrupción y no en *hechos* de corrupción. Segundo, el índice se basa en opiniones de expertos nacionales e internacionales, lo que dificulta la separación de los estereotipos con la realidad. Tercero, las medidas de percepción sufren problemas de endogeneidad y por lo tanto no son confiables, ya que pueden ser fácilmente influenciadas por la prensa. Adicionalmente, Luna (2006) argumenta que “las percepciones pueden estar condicionadas por el impacto coyuntural de escándalos específicos siendo eventualmente más volátiles y tornándose fuertemente dependientes del momento en que se realiza la medición” ...” tomado de Mitchell A. Seligson, Ph.D., Editor, *Desafíos para la democracia en Latinoamérica y el Caribe: Evidencia desde el Barómetro de las Américas, 2006 – 2007*.

privados respecto del fenómeno de la corrupción en un país determinado.¹⁰⁷

La encuesta de percepción de la corrupción de Transparencia Internacional, incluye preguntas relativas al sistema de control; y, respecto de Ecuador, este índice refleja la siguiente variación:

Tabla N° 1 Índice de Percepción de la Corrupción relativo a Ecuador.

Período 2001 - 2011¹⁰⁸

AÑO	INDICE	RANGO
2011	2,7	120/182
2010	2,5	127/178
2009	2,2	146/180
2008	2,0	151/180
2007	2,1	150/180
2006	2,3	138/163
2005	2,5	117/159
2004	2,4	112/146
2003	2,2	113/133
2002	2,2	89/102
2001	2,3	79/91

Fuente: IPC Transparencia Internacional.¹⁰⁹ Elaboración propia.

¹⁰⁷ Se considera preocupante el posible efecto inverso que puede generar la difusión de esta clase de mecanismos sobre la percepción de la corrupción, si son mecanismos aislados que no se acompañan con señales de fortalecimiento del sistema de control anticorrupción y más preocupante aún su posible manipulación, pues la difusión de una percepción elevada de corrupción en un país puede influir negativamente en la probabilidad subjetiva de sanción (p), lo que genera incentivos al cometimiento de actos de corrupción, que conforme el modelo de Becker implicarían bajos niveles de disuasión.

¹⁰⁸ Cero -percepción de muy corrupto- a diez -percepción de ausencia de corrupción-

¹⁰⁹ Transparencia Internacional, Informe Global de la Corrupción 2001, 2002, 2003, 2004, 2005, 2006, 2007, 2008.

Según Transparencia Internacional, el IPC del Ecuador en el período 2001 - 2008, fluctuó entre 2 y 2,5 es decir únicamente a 2 puntos del cero, que es el nivel de mayor corrupción percibida por parte de los agentes encuestados, que pertenecen básicamente al ámbito privado, registrándose el índice más alto en el 2005 (2,5) y el más bajo en el 2008 (2).

Del 2012 al 2014, Transparencia Internacional establece un nuevo rango de medición que va de cero a cien; período en el que el índice promedio del país, se mantiene con relativa estabilidad, en un índice del 33,3%.

Tabla N° 2 Índice de Percepción de la Corrupción relativo a Ecuador.

Período 2012 - 2014¹¹⁰

AÑO	INDICE	RANGO
2014	33	110/174
2013	35	102/175
2012	32	118/174

Fuente: IPC Transparencia Internacional. Elaboración propia.

2.3.2. Índice Nacional de Corrupción y Buen Gobierno en Ecuador

El Índice Nacional de Corrupción y Buen Gobierno (INCBG) se realiza en función de la primera Encuesta Nacional de Corrupción y Buen Gobierno de Ecuador (ENCBG),¹¹¹ ejecutada y publicada por Transparencia Internacional Ecuador en el 2007. La Encuesta mide el número y costo relativo de los actos de corrupción en que incurren los ciudadanos respecto de servicios públicos escogidos en función de su grado de incidencia en las condiciones de vida de la población, muestra que nos permite tener una noción del problema en el ámbito burocrático.

¹¹⁰ Cero -percepción de muy corrupto- a cien -percepción de ausencia de corrupción-

¹¹¹ Transparencia Internacional, Encuesta Nacional de Corrupción y Buen Gobierno del Ecuador, 2007. <http://www.encbg.org>

La ENCBG de 2007 cuantifica los niveles de corrupción en el ámbito nacional respecto de la tramitación de los 23 servicios públicos escogidos como muestra,¹¹² distinguiendo variaciones respecto de los niveles de corrupción de acuerdo con las características demográficas, sociales y económicas de la población, cuyos resultados permiten tener una noción sobre el pago de soborno de los servicios seleccionados y una cuantificación promedio, conforme se observa en el Apéndice N° 1.

A partir de la encuesta se registraron 2320 actos de corrupción en el uso de 23 servicios públicos, los cuales en promedio costaron a los hogares ecuatorianos 177,7 dólares al año, lo que implica aproximadamente 533 millones de dólares anuales en pago de sobornos de los hogares por el uso de dichos servicios.

De la naturaleza de los servicios consultados, se observa que éstos se refieren básicamente al acceso a servicios públicos generales; al acceso a rentas, subsidios o préstamos de producción y consumo por parte del Estado bajo condiciones económicas más favorables; al acceso al sistema de justicia penal, así como también a la evasión de mecanismos de control y sanción.

Los resultados de la encuesta respecto a los altos niveles de recurrencia en sobornos para evadir el control y sanción, otorgan una muestra de la vulnerabilidad del sistema de control y de los criterios racionales de los agentes cuando deciden burlar el sistema mediante sobornos, encontrándose entre los casos el hecho de “impedir que un policía de tránsito se lleve su carro a los patios de la Policía”, en el cual de 203 usuarios encuestados, el 59% habría pagado el soborno; y por otra parte en el caso de “evitar ser multado (a) o detenido (a) por un policía de tránsito”, de 245 usuarios del sistema consultados el 53.9% incurrió en soborno.

¹¹² Ficha Técnica. Nivel: Nacional. Muestra: 2120 casos efectivos. Fecha de levantamiento: 14-08-2007 hasta 06-09-2007. Perfil del entrevistado: Jefe o jefa de familia Esposa(o) o cónyuge del jefe de familia Hijo o hija mayor de 18 años. Un familiar directo del jefe o jefa de familia (Padre, madre o hermanos), que viva en el hogar.

Se observa que los dos porcentajes más altos de pago de sobornos se producen para evadir la aplicación de sanciones por parte de la Policía en asuntos de tránsito, existiendo un bajo costo de sanción, de entre 72 y 83,4 dólares de Norteamérica, que comparado con los costos que implica la sanción, permite inferir que la elevada recurrencia se encuentra relacionada con la rigurosidad de la sanción y la facilidad de acceder al soborno como mecanismo de evasión, el mismo que no tiene barreras de entrada y tiene además un bajo costo monetario, en comparación con la sanción esperada.

Por otro lado, respecto de otro eje de la probabilidad de control y sanción, como es el acceso al sistema de juzgamiento penal, la pregunta realizada a través de la ENCBG evidencia problemas de impunidad en la Administración de Justicia, pues de un universo de 131 usuarios del sistema consultados, el 16% pagó un soborno para que se tramite una denuncia en el Ministerio Público, asumiendo un costo elevado, de un promedio de USD207,4 dólares de Norteamérica, situación que genera cuestionamientos respecto del nivel acceso al sistema de juzgamiento.

En este sentido, quienes resuelven asegurar su acceso mediante corrupción lo hacen en virtud de tener recursos económicos, lo que implica que se estaría denegando justicia a los actores que no se encuentran en capacidad de incurrir en gastos adicionales para que se juzgue la infracción que les ha afectado,¹¹³ lo que puede ser una señal de problemas de corrupción endémica (Caiden, 1988).

¹¹³ Se considera que los denunciantes de escasos recursos económicos, que presentan una denuncia de un acto ilícito ante el Ministerio Público, tienen menores incentivos para realizar sobornos, pues el denunciante de un hecho ilícito ante el Ministerio Público busca la sanción de un tercero en virtud de un criterio institucional de justicia. Sin embargo, teniendo en cuenta que el proceso penal no genera directamente el efecto de la reparación civil del daño, el proceso penal no incrementa su bienestar en términos monetarios, lo que implica que si el denunciante se enfrenta a un sistema penal ineficiente, se reduce el número de personas que van a procurar su seguimiento con una inversión elevada de recursos y menos aún a cambio de un soborno siendo este tan elevado, pues ello implica que aumenta la reducción de su bienestar, adicionalmente a la pérdida que el ilícito le ocasionó, criterio de racionalidad individual que incrementa los niveles de impunidad.

Respecto del nivel socioeconómico de los agentes encuestados que incurren en el pago de sobornos, el INCBG registra grados de recurrencia, donde los niveles de la mayor recurrencia se produce en jefes de hogar con ingreso medio - alto (USD1500 a USD2499): 20.1%; y, en segundo lugar en jefes de hogar con nivel de escolaridad Superior: 17.9%; lo que señala que los problemas de calidad y eficiencia en la prestación de los servicios públicos, constituye un incentivo para que los agentes opten por obtenerlos mediante corrupción, como una elección racional encaminada a la obtención de una mayor calidad de vida, pues a ella acceden personas que han tenido acceso a educación y riqueza, que por tal condición gozan de un nivel socioeconómico y cultural alto y por dicha condición están en capacidad de transferir parte de su riqueza a cambio de bienestar, datos que constan en el Apéndice N° 1.

Los niveles de recurrencia señalados reflejan la existencia de problemas de equidad y de reducción de riqueza; pues por una parte, los efectos nocivos de la deficiente prestación de los servicios públicos, es finalmente soportada por las personas del grupo socioeconómico medio – bajo, lo que puede incluir grupos vulnerables, lo que disminuye aún más su calidad de vida; y por otra parte, la corrupción estaría reduciendo la riqueza de los hogares con ingreso medio - alto, pues a su esquema de costos se adiciona el costo del soborno, bien sea para obtener eficiencia en los servicios públicos o para evadir el juzgamiento y sanción.

2.3.3. El Ecuador en el Barómetro de las Américas

El Proyecto de Opinión Pública de América Latina, LAPOP, a través del Barómetro de las Américas 2006,¹¹⁴ cuestiona las debilidades de las medidas de percepción de la corrupción,

¹¹⁴ Mitchell A. Seligson, Ph.D., Editor, *Desafíos para la democracia en Latinoamérica y el Caribe: Evidencia desde el Barómetro de las Américas, 2006 – 2007*, estudio realizado con el patrocinio del programa de Democracia y Gobierno de la Agencia de los Estados Unidos para el Desarrollo Internacional, USAID, Marzo, 2008, 266-270

por lo que propone una metodología que permite medir la corrupción a partir de las experiencias directas de los ciudadanos con actos corruptos, a partir de dos índices de victimización por corrupción, uno relativo a las maneras en que las personas han sido víctimas de corrupción en el último año y el otro que refleja el porcentaje de personas que han sido víctimas de al menos un acto de corrupción en el último año en cada país, los que se obtienen a partir de encuestas aplicadas únicamente entre los usuarios de los servicios públicos que efectivamente los han utilizado.

Los índices propuestos por LAPOP se encuentran en la sección relativa a “La corrupción y su impacto sobre la estabilidad democrática en Latinoamérica”; y, las encuestas aplicadas incluyen preguntas sobre victimización por corrupción, en las que se consultó a las personas sobre su experiencia personal con la corrupción en diferentes contextos: si la policía les solicitó un soborno, si tuvieron que pagar sobornos a empleados públicos, así como también si tuvieron que pagar algún soborno en el trabajo y cuando realizaron transacciones en las municipalidades, hospitales, escuelas, y en los juzgados.¹¹⁵

Conforme este índice de victimización, de las personas que han declarado haber sido víctimas de un acto de corrupción, tenemos que Uruguay registra el menor nivel 7.0% mientras que Haití presenta el índice de victimización por corrupción más alarmante 50.1%. , índice en el que el Ecuador ocupó la quinta posición más elevada en el 2006, con un 31.9%, de un total de 20 países.

Sobre los contextos y modalidades de victimización a través de los que se producen los

¹¹⁵ Algunas de las preguntas para medir el grado de victimización por corrupción entre los ciudadanos son: ¿Algún agente de policía le pidió una mordida (o soborno) en el último año?, ¿Un empleado público le ha solicitado una mordida (o soborno) en el último año?, Para tramitar algo en la alcaldía (como un permiso, por ejemplo) durante el último año, ¿ha tenido que pagar alguna suma además de lo exigido por la ley?, ¿Ud. trabaja? En su trabajo, ¿le han solicitado alguna mordida en el último año?, ¿En el último año, tuvo algún trato con los juzgados? ¿Ha tenido que pagar una mordida en los juzgados en el último año?, tomado de Mitchell A. Seligson, Ph.D., Editor, *Desafíos para la democracia en Latinoamérica y el Caribe: Evidencia desde el Barómetro de las Américas, 2006 – 2007*, estudio realizado con el patrocinio del programa de Democracia y Gobierno de la Agencia de los Estados Unidos para el Desarrollo Internacional, USAID, Marzo, 2008.

actos de corrupción, tenemos que los niveles de victimización por corrupción en Latinoamérica y el Caribe son más altos en las municipalidades (15.2%) y los juzgados (13%) siguiendo en grado los sobornos a un policía 10.1%, en la escuela 9.9%, en el trabajo 9.8% y en hospitales 9.0%, reflejando que en promedio sólo un 6.8% de la población reportó haber sido víctima de un soborno por parte de un empleado público en la región.

2.3.4. Cultura política de la democracia en Ecuador y su impacto en la gobernabilidad

Con el patrocinio del programa de Democracia y Gobierno de la Agencia de los Estados Unidos para el Desarrollo Internacional en Ecuador (USAID/Ecuador), se publica el estudio “Cultura política de la democracia en Ecuador, 2008: El impacto de la gobernabilidad”, estudio que pone énfasis en los efectos de la corrupción en la calidad de la gobernabilidad democrática y la forma en que afecta negativamente a la convicción de las personas sobre la legitimidad política de sus instituciones, lo que activa proceso ciudadanos de participación en forma de protestas públicas, organización comunitaria y participación en campañas electorales.¹¹⁶

El estudio señala a la legitimidad política como un mecanismo de predicción de la estabilidad democrática, la que se mide a través de un índice de apoyo al sistema, que se crea a partir de las variables sobre el “respeto por las instituciones políticas, creencia de que los tribunales de justicia garantizan un juicio justo, percepción de protección de los derechos básicos, apoyo al sistema político y orgullo de vivir en dicho sistema”, índice respecto del cual, el Ecuador se ubica dentro del grupo países donde los ciudadanos expresan el menor apoyo al sistema (antepenúltimo lugar, con un promedio de 44 sobre 100, únicamente sobre Paraguay y Brasil).

¹¹⁶ Mitchell A. Seligson, Editor General, y otros autores, Cultura política de la democracia en Ecuador, 2008: El impacto de la gobernabilidad, julio 2008.

Finalmente, respecto a la medición de la confianza en el sistema de justicia, en la Fiscalía General de la Nación, en la Policía Nacional, en la Corte Suprema de Justicia, y en la creencia de que los tribunales en Ecuador garantizan juicio justo, el estudio señalado refleja que aunque ha existido un aumento en la confianza que los ecuatorianos tienen hacia las instituciones del poder judicial, estas siguen siendo las entidades públicas que menos niveles de legitimidad tienen en Ecuador, lo que en términos del modelo de disuasión de Becker estaría afectando la probabilidad de sanción, al tener un impacto negativo en la confianza de los ciudadanos en su sistema de administración de justicia y la confianza interpersonal como valor social.

2.4. Políticas de control anticorrupción en Ecuador. Período 1998 - 2014

En cuanto a las estrategias de control anticorrupción aplicadas en el Ecuador, se ha ubicado el análisis de aproximadamente 16 años de la actividad de control, en el período 1998 - 2014; período que se divide para su análisis, a partir de la vigencia de las dos últimas Constituciones del Ecuador, de 1998 y 2008. Período que permite observar en perspectiva, el comportamiento estratégico del Estado respecto del control, a partir de las variaciones introducidas en los instrumentos y mecanismos de la política anticorrupción.

2.4.1. Conjunto de estrategias del período constitucional 1998

2.4.1.1. Diseño institucional

Durante la vigencia de la Constitución de 1998, el contexto institucional de control se estableció en el Título X; y, se integró por los siguientes organismos de control: (1) Contraloría General del Estado; (2) Procuraduría General del Estado; (3) Ministerio Público;

(4) Comisión de Control Cívico de la Corrupción; (5) Superintendencias de Control, que para el periodo de vigencia de la Constitución fueron de: Bancos y Seguros, Telecomunicaciones y Compañías.

En este período se inicia con la incorporación constitucional de organismos especializados de control anticorrupción, a partir de la creación de la Comisión de Control Cívico de la Corrupción, que tiene como antecedente institucional a la Comisión Anticorrupción creada por el Ejecutivo para la investigación de los hechos de corrupción del ex - Presidente Abdalá Bucaram. La Comisión como parte de su diseño institucional es una entidad pública que articula representantes elegidos por organizaciones sociales provenientes de diferentes ámbitos; los que se consideran el primer nivel visible de relación de este espacio institucional de control, con la sociedad civil.¹¹⁷

El principal cambio en el diseño institucional del Estado, relativo al control de la corrupción, que incorpora la Asamblea Constituyente de 1998, es la creación de la Comisión de Control Cívico de la Corrupción, CCCC, como un organismo de control, autónomo y de composición ciudadana, integrado por representantes de organizaciones de la sociedad civil. La CCCC existe durante este período constitucional, hasta que se promulga la Constitución de 2008, que incorpora en su lugar al Consejo de Participación Ciudadana y Control Social.

La CCCC posiciona en el debate público la problemática de la corrupción y su control, así como la necesidad de la participación de la ciudadanía en el control de lo público. En este sentido, a partir de sus competencias y su facultad reglamentaria, incorpora un conjunto de acciones que promueven la participación de la ciudadanía, el control social y la

¹¹⁷ Conforme su normativa de creación los grupos de organizaciones legalmente reconocidas que designaban las autoridades de la Comisión fueron las siguientes: (1) Organizaciones de derechos humanos y defensa de los consumidores; (2) Organizaciones de mujeres; (3) Centrales sindicales y organizaciones indígenas afroecuatorianas y campesinas de carácter nacional; (4) Consejo Nacional de Universidades y Escuelas Politécnicas, CONUEP: CONESUP; (5) Federaciones Nacionales de Cámaras de la Producción; (6) Asociación Ecuatoriana de Editores de Periódicos, de Canales de Televisión, de Radiodifusión y de la Federación Nacional de Periodistas: Asociación Ecuatoriana de Radiodifusión, AER; Asociación Ecuatoriana de Editores de Periódicos, AEDEP; Asociación de Canales de Televisión del Ecuador; (7) Gremios profesionales legalmente reconocidos, representativos de cada sector y de carácter nacional.

rendición de cuentas, entre las que cabe mencionar: (1) Comisiones especiales¹¹⁸ (2) Redes cívicas (3) Formación ciudadana (4) Veedurías ciudadanas; y, (5) Pronunciamiento públicos.

Los instrumentos enumerados permiten a la CCCC incidir en el control institucional, mediante la investigación de casos de corrupción y de requerimientos públicos de rendición de cuentas a las instituciones de control, evidenciando mediáticamente la presencia de problemas de celeridad, impunidad y corrupción en la institucionalidad de control. En cuanto al control social, la CCCC canaliza la recepción e investigación de las demandas ciudadanas de control y promueve el acompañamiento a procesos de veeduría ciudadana.

La entidad emite opiniones institucionales sobre ámbitos de acción pública y decisiones de política a partir de análisis técnicos que cuestionan decisiones públicas y emiten recomendaciones públicas que solicitan y exhortan respuestas institucionales, de gestión y control, así como la reorientación de la acción pública.

La presencia mediática de la Comisión genera un efecto dinamizador en la opinión y debate públicos en diversos sectores de política, tales como: energético, educativo, económico, social y judicial, entre otros, tanto a nivel local como nacional. Teniendo en cuenta que los pronunciamientos se relacionan con los sectores de denuncia ciudadana, conforme se observa en el Apéndice N° 2, se resalta el potencial de esta actividad institucional para enlazar dinámicas de control social y rendición de cuentas, con los consecuentes efectos disuasorios.

En el período 1998 - 2008 se ubica un universo de mil cuatrocientos cincuenta y ocho (1458) pronunciamientos de la CCCC, mediante boletines de prensa institucionales, de los

¹¹⁸ Las comisiones especiales son una iniciativa que proviene principalmente de grupos de profesionales o usuarios afectados por procesos burocráticos relacionados con el funcionamiento de servicios públicos específicos, cuya acción se orienta a identificar el proceso administrativo disfuncional y los nudos críticos que originan condiciones para la corrupción y generan límites para el acceso a la ciudadanía, para a partir de este análisis proponer mecanismos para optimizar el proceso y prevenir prácticas de corrupción. Entre los procesos analizados se encuentran: el proceso para la obtención del registro sanitario, las comisiones para la adquisición de medicamentos y la comisión para el proceso de matriculación vehicular.

cuales trescientos treinta y cinco (335) se encuentran relacionados con criterios y solicitudes de rendición de cuentas, lo que equivale aproximadamente al 23 por ciento.

Tabla N° 3 Clasificación de los pronunciamiento públicos de la CCCC

PRONUNCIAMIENTOS	CANTIDAD
ADMINISTRACIÓN ¹¹⁹	143
CONTROL CORRUPCIÓN ¹²⁰	77
PLANIFICACIÓN ¹²¹	51
ÓRGANOS DE CONTROL ADMINISTRATIVO, POLÍTICO Y ELECTORAL ¹²²	49
JUSTICIA Y DEFENSA DE DERECHOS ¹²³	31
TOTAL	335

Fuente: Base de datos pronunciamientos CCCC. Elaboración propia tomada de Olivo, 2013.

El flujo de los pronunciamientos institucionales de la CCCC permite generar un gráfico de tendencias a partir de su contenido, para lo que se han clasificado sus contenidos en tres categorías: (1) institucionalización burocrática; (2) corrupción, que incluye denuncia ciudadana e investigación de actos de corrupción; y, (3) mecanismos, que contiene las

¹¹⁹ En esta categoría se encuentra el 41 por ciento de las actividades relacionadas con el uso y administración de recursos públicos: procesos contractuales, ejecución presupuestaria, asuntos tributarios, administración petrolera, criterios sobre designación de autoridades y servidores.

¹²⁰ Los pronunciamientos sobre el control de la corrupción equivalen al 22 por ciento y son aquellos relacionados con denuncias preventivas sobre temas públicos cuestionados, y que tienen que ver con el proceso previo y posterior a la crisis financiera y con otros casos relevantes, criterios relacionados con los índices de percepción de la corrupción, solicitudes de destitución de servidores públicos por falta de entrega de información, así como sobre el funcionamiento de las dinámicas de control de la corrupción como ámbito de política.

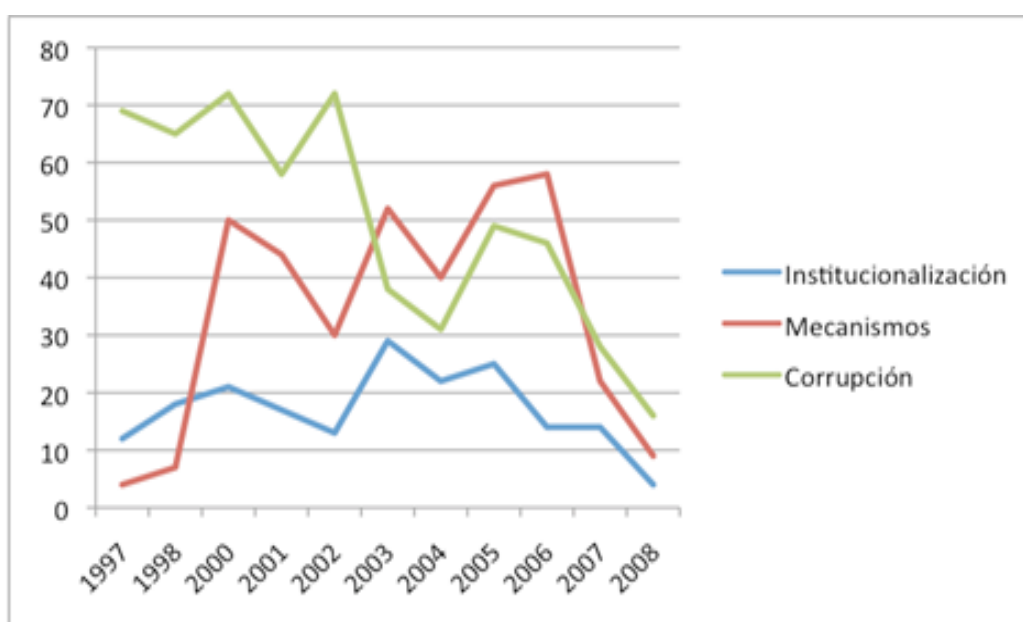
¹²¹ En el ámbito de la planificación se encuentran el 14 por ciento de los pronunciamientos sobre políticas, planes y programas públicos, desarrollo institucional, proyectos de inversión, procesos de modernización y deuda pública.

¹²² La Comisión se dirige a los diferentes órganos de control, tanto en el ámbito administrativo como político y electoral, para solicitar acciones de control, cuestionar acciones realizadas, así como emitir criterios sobre sus acciones u omisiones, los que equivalen al 14 por ciento.

¹²³ Las acciones sobre justicia y defensa de derechos equivalen al 9 por ciento y se relacionan con procesos de designación en la Función Judicial, problemas de impunidad en la administración de justicia, los resultados y análisis del estudio sobre la administración de justicia en casos aduaneros, así como temas sobre protección de derechos.

acciones de prevención y control de la corrupción.

Gráfico 1. Trayectoria Acciones Comisión Anticorrupción



Fuente: Base de datos pronunciamientos CCCC. Elaboración propia tomada de Olivo 2013.

De la trayectoria de las principales modalidades de acción de la Entidad, se observa que durante los dos primeros años, las acciones relacionadas con el control de actos de corrupción, se ubican en el extremo superior y los mecanismos de prevención en el extremo inferior, lo que se explica dado el carácter eminentemente investigativo de este espacio a la época de su creación.

En el año 2000, durante el primer periodo integrado por representantes de organizaciones de la sociedad civil elegidos a través de colegios electorales, se observa un repunte en la denuncia de actos de corrupción, el que coincide con la crisis bancaria de 1999 y que marca un activismo relevante en el ejercicio de acciones de control por parte de la CCCC, respecto de las instituciones del Estado, que se potencializan a través de la opinión pública.

Por otra parte, las acciones administrativas relativas al proceso de institucionalización de la CCCC, tienen un nivel bajo y estable, por lo que se considera que el proceso burocrático no fue un factor determinante para la acción de control de la Entidad.

El rol de la CCCC como un dinamizador de la opinión pública, es un elemento de análisis que permite pensar en esta acción como un factor que tuvo capacidad de influencia en el incremento de la probabilidad subjetiva de sanción. Sin embargo, los problemas estructurales de funcionamiento del diseño institucional de control, generan en la fase de declive institucional de la CCCC un posible efecto inverso respecto de las señales antes mencionadas, dado que a pesar del conjunto de acciones y pronunciamientos existentes, no se observa en el tiempo (10 años) resultados de impacto respecto de los resultados globales en cuanto al juzgamiento y sanción de actos de corrupción en su conjunto, conforme se observa en el Apéndice N° 3.

En cuanto al proceso de recepción de denuncias ciudadanas e investigación de posibles actos de corrupción, la Comisión de Control de la Corrupción tramitó 5430 denuncias, desde enero del 2000 a julio de 2008, de las cuales luego del proceso técnico de admisión e investigación, se obtuvieron elementos suficientes para la determinación de indicios de responsabilidades penales, civiles o administrativas, respecto de 462 casos, los que fueron remitidos a las autoridades competentes de su juzgamiento y sanción, conforme la competencia de la Entidad.¹²⁴

Los casos investigados por la CCCC llegan a conclusiones sobre indicios de responsabilidad penal, en un 26.11%, casos que fueron remitidos al Ministerio Público; y, de indicios de responsabilidad civil y administrativa, en un 73.89%, casos que fueron remitidos para conocimiento de la Contraloría General del Estado en un 18.8 %, y a otras entidades

¹²⁴ De los 462 casos, se desprende una suma de 1034 conclusiones relativas a indicios de responsabilidad penal, civil o administrativa, dado que en un caso pueden presentarse los tres niveles de responsabilidad; o a su vez pueden presentarse dos o más tipos de responsabilidad penal, por comportamiento diferentes en un caso.

administrativas, según su contenido y competencias, conforme se observa del Apéndice N° 3.¹²⁵

De las recomendaciones remitidas al Ministerio Público con indicios de responsabilidad penal, en 83 se ha iniciado un proceso penal (31%) y en 187 recomendaciones no se inició el proceso (69%), situación originada en el hecho de que los informes técnicos de la Entidad no tenían carácter vinculante para el Ministerio Público y debido a la facultad del fiscal¹²⁶ de investigar los hechos que hayan llegado a su conocimiento en una fase de indagación previa, situación que restó efectividad a la labor de control del organismo anticorrupción y que fue considerado en el diseño institucional del Consejo de Participación Ciudadana y Control Social.¹²⁷

El citado problema de diseño institucional generó que al 2008, año de la extinción jurídica de la Entidad, de los 187 casos remitidos al Ministerio Público, en los que no se inició un proceso penal (69%), 102 fueron archivados en indagación previa; 10 se encontraban con una solicitud de desestimación en consulta y 75 recomendaciones en trámite de indagación previa, durante un plazo mayor al establecido en la norma procesal.¹²⁸

Del 31% de los casos en los cuales se determinaron indicios de responsabilidad penal, porcentaje que equivale a 83 denuncias en las que se inició el proceso a través de la correspondiente instrucción fiscal, únicamente 22 llegaron a etapa de juicio, equivalentes al (8%), y un total de 10 casos recibieron sentencia, valor equivalente al (3.7%), sentencias que según la fuente de información se distribuyeron de la siguiente forma: 5 sentencias

¹²⁵ A la Corporación Aduanera Ecuatoriana en un 8.9%, a diferentes Ministerios de Estado en un 8.5% y a otras entidades como el SRI, Petroecuador, la Procuraduría General del Estado, la Presidencia de la República, Superintendencias y Gobiernos Seccionales, en un 37.7%.

¹²⁶ Art. 215 del Código de Procedimiento Penal Ecuatoriano.

¹²⁷ La Constitución de 2008 crea el Consejo de Participación Ciudadana y Control Social, CPCCS, y establece que los informes de este nuevo organismo pueden dar origen a un proceso de juzgamiento, en el cual, el CPCCS es parte procesal para la defensa de sus informes.

¹²⁸ Conforme la legislación procesal, la indagación previa no puede durar más de 1 año, en los delitos sancionados con prisión y 2 años en los delitos sancionados con reclusión. De los casos que se encuentran en trámite de indagación previa, llamó la atención la presencia de 50 conclusiones en fase de indagación previa, por un período superior a los dos años, desde que la CCCC los remitió para su conocimiento.

absolutorias ejecutoriadas, 1 absolutoria en fase de impugnación, 1 condenatoria en fase de impugnación y 3 sentencias condenatorias ejecutoriadas, conforme se puede observar en el Apéndice N° 3.¹²⁹

Cabe señalar, que el acercamiento al análisis de los resultados del juzgamiento de casos promovidos por la Comisión de Control Cívico de la Corrupción originaron el proceso de investigación de la temática, a partir de la identificación de los ámbitos de detección, juzgamiento y sanción, como factores que inciden de forma agregada en la probabilidad de sanción, ámbitos que acorde a la disponibilidad de datos se incorporan al análisis, a partir de los criterios teóricos formulados por Becker.

2.4.1.2. Instrumentos de política criminal

Los instrumentos de política criminal que se analizan, se han seleccionado a partir de las variables que conforman el modelo de disuasión criminal de Becker, por lo que se concretan a: (1) la magnitud de la pena en los principales delitos de corrupción pública; y, (2) los instrumentos relativos al juzgamiento y sanción.

2.4.1.2.1. Delitos de corrupción pública y magnitud de la pena

Los delitos de corrupción pública considerados de mayor alarma social por la legislación ecuatoriana en todo el período de análisis (1998 - 2014) son el peculado, cohecho, concusión y enriquecimiento ilícito, afirmación que se sustenta por la incorporación constitucional en 1998 y 2008, de medidas procesales encaminadas a asegurar su juzgamiento. Apéndice N° 4 y N° 5.

¹²⁹ Al encontrarse previsto, a partir de 1998, el juzgamiento en ausencia en casos de corrupción, existe la probabilidad real de que exista sentencia en un caso, pero no la presencia de los condenados, caso en el cual si se conoce el lugar de residencia del sentenciado corresponde se tramite un proceso de extradición.

En cuanto al *delito de cohecho* éste se tipifica penalmente en el Código Penal ecuatoriano de 1971, con una reforma en el año 2002, a partir de la Ley No. 75, norma que incorpora el delito de cohecho en el artículo 280. Las reformas incorporadas en estos tres momentos reflejan que la variación de la pena se refiere a la actualización del monto de la multa, para actualizar su valor, en concordancia con el proceso de dolarización adoptado por el Ecuador desde el año 2000, como consecuencia de la crisis financiera y bancaria.

En cuanto al *delito de concusión* éste se tipifica penalmente en el artículo 264 del Código Penal ecuatoriano de 1971, norma que tiene dos reformas en 1998 y 2002, y que en el Código Integral Penal vigente desde el año 2014, se incorpora en el artículo 281, conforme se observa del Apéndice N° 4.

En cuanto al *delito de enriquecimiento ilícito* esta figura jurídica se incorpora a la legislación ecuatoriana, como un delito subsidiario, por el artículo 2 de la Ley No. 6, publicada en Registro Oficial Suplemento 260 de 29 de agosto de 1985 y posteriormente es sustituido por la Ley No. 47, publicada en Registro Oficial 422 de 28 de Septiembre del 2001, reforma que incrementó la magnitud de la pena, que inicialmente era de uno a dos años, a un rango de dos a cinco años de prisión.

La conducta tipificada en el enriquecimiento ilícito es el incremento injustificado del patrimonio de una persona, producido con ocasión o como consecuencia del desempeño de un cargo o función pública, que no sea el resultado de sus ingresos legalmente percibidos; y, su sanción corresponde a la pena de dos a cinco años de prisión y la restitución del duplo del monto del enriquecimiento ilícito, siempre que no constituya otro delito. El juzgamiento de este delito tiene como requisito de procedibilidad el informe previo de la Contraloría General del Estado.

En cuanto al *delito de peculado* como conducta criminal de corrupción pública éste consiste en la apropiación indebida o abuso de recursos públicos, mediante cuatro

modalidades establecidas en el artículo 257 y tres artículos sin numeración agregados a dicha norma, a los que vulgarmente se denominan 257A, 257B y 257C.

La configuración del delito de peculado tiene su origen en el derecho romano, con una concreción precisa respecto de la afectación de recursos públicos, a partir del Código Toscano,¹³⁰ figura que respecto del período de estudio se incorpora con el Código Penal de 1971, que en su Libro segundo, título III incorpora los delitos contra la Administración Pública. Esta norma penal tiene cuatro reformas en los años 1977, 1979, 1995, 1999 y 2001, hasta que se promulga el Código Integral Penal, vigente desde el año 2014, variaciones que se observan en el Apéndice N° 5.

El delito de peculado consiste en la apropiación que efectúa el sujeto activo de la infracción, de bienes públicos o privados, de efectos que los representen, piezas, títulos, documentos, bienes muebles o inmuebles, que estuvieren en su poder en virtud o razón de su cargo, que sean del Estado, sus instituciones o en las cuales éste tenga parte, ejecutada por un funcionario público o no, en provecho propio o de un tercero.

Desde la teoría penal, el peculado es un delito pluriofensivo pues el bien jurídico protegido, se orienta tanto a la protección y garantía de los intereses patrimoniales de la administración pública; como a evitar el abuso de poder del servidor público en el ejercicio de su cargo. En concordancia, el sujeto activo de la infracción, puede ser el agente público o privado, que con ocasión de su cargo, haya recibido bienes del Estado para administrarlos con un determinado fin, aunque no ostente la calidad de funcionario público.

Conforme el Código Penal de 1971 y sus reformas, el delito de peculado puede ser propio o impropio, por aplicación oficial diferente y por sustracción; y, se incorpora además el peculado bancario, sobre el cual existe debate respecto de su naturaleza, por considerarse que puede corresponder a la categoría de delito económico.

¹³⁰ FERREIRA D Francisco José, Derecho Penal, Tomo II editorial TEMIS Bogotá- Colombia, 2006, pág. 287, 288

El delito de peculado en la legislación ecuatoriana ha tenido varias reformas en los años 1977, 1979, 1995, 1999 y 2000; y, en las que se han incorporado nuevas conductas a la tipificación penal. Sin embargo para efectos de la investigación se observa únicamente la variación de la figura principal, contenida en el artículo 257 del Código Penal, por ser el delito con mayores niveles de juzgamiento, conforme se puede observar en el Apéndice N° 8.

En cuanto al desarrollo sobre las variaciones en la magnitud de la pena igualmente se centra el análisis en el delito de peculado tipificado en el artículo 257 del Código Penal de 1971, que sustituye y agrupa los artículos 257, 258 y 259 de la norma inicial de creación, por la reforma incorporada en el artículo 396 de la Ley Orgánica de Administración Financiera y Control de 16 de Mayo de 1977.

El delito de peculado contemplado en el artículo 257 del Código Penal que estuvo vigente en la mayor parte del primer período constitucional, es el texto reformado en la coyuntura política del retorno a la democracia, mediante Decreto Legislativo s/n, de 1 de Octubre de 1979; que posteriormente, mediante Ley No. 93, de 22 de Agosto de 1995, tiene una reforma adicional, que se refiere a elementos objetivos y subjetivos del tipo penal, variaciones que pueden observarse en el Apéndice N° 5.

El contenido de esta norma se mantiene vigente hasta el fin del primer período y sus variaciones se relacionan con los posibles sujetos activos de la infracción, que son los siguientes: a) los servidores de los organismos y entidades del sector público y toda persona encargada de un servicio público; b) los servidores que manejen fondos del Instituto Ecuatoriano de Seguridad Social o de los bancos estatales y privados; y, c) los servidores de la Contraloría General y de la Superintendencia de Bancos que hubieren intervenido en fiscalizaciones, auditorías o exámenes especiales.

La norma se orienta especialmente a disuadir a los servidores públicos, tanto encargados de la gestión pública, como aquellos encargados del control, en sus diferentes

niveles, con tres tipos de sanciones aplicables: (1) por una parte la pena de privación de libertad con un amplio rango de elección, ubicado entre los *cuatro y los ocho años*; y, por otra parte, (2) la *incapacidad perpetua* para el desempeño de todo cargo o función públicas, sin perjuicio de (3) la *responsabilidad civil* por los daños causados con el cometimiento del delito, bajo un procedimiento determinado, que se ejecuta en forma posterior a la sentencia, a instancia de la parte afectada.

2.4.1.2.2. Instrumentos relativos al juzgamiento y sanción

El proceso de juzgamiento y sanción penal en el Ecuador durante este período se rige por el Código Penal de 1971, el Código de Procedimiento Penal y el Código de Ejecución de Penas, normas que regulan la parte sustantiva, adjetiva y de ejecución, respectivamente.

La Constitución Política de la República del Ecuador de 1998, publicada en el Registro Oficial 1, de 11 de agosto del 1998, establece por primera vez la *imprescriptibilidad y el juzgamiento en ausencia*, en el caso de los siguientes delitos de corrupción pública: cohecho, concusión, peculado y enriquecimiento ilícito;¹³¹ cuyo régimen jurídico de responsabilidad y juzgamiento es aplicable tanto a los agentes públicos como privados.

En virtud de la norma constitucional, la disposición relativa a la prescripción, establecida en el artículo 257, que establecía como tiempo de prescripción de la acción penal, el doble del tiempo señalado en el artículo 101, no es aplicable a los delitos de cohecho,

¹³¹ Art. 121.- Las normas para establecer la responsabilidad administrativa, civil y penal por el manejo y administración de fondos, bienes o recursos públicos, se aplicarán a los dignatarios, funcionarios y servidores de los organismos e instituciones del Estado.

Los dignatarios elegidos por votación popular, los delegados o representantes a los cuerpos colegiados de las instituciones del Estado y los funcionarios y servidores públicos en general, estarán sujetos a las sanciones establecidas por comisión de delitos de peculado, cohecho, concusión y enriquecimiento ilícito. La acción para perseguirlos y las penas correspondientes serán imprescriptibles y, en estos casos, los juicios se iniciarán y continuarán aun en ausencia de los acusados. Estas normas también se aplicarán a quienes participen en estos delitos, aunque no tengan las calidades antes señaladas; ellos serán sancionados de acuerdo con su grado de responsabilidad.

concusión, peculado y enriquecimiento ilícito, sentido en el que se reformó el artículo 101 del Código Penal.¹³²

En cuanto al *proceso penal*, en el año 2001 entra en vigencia un nuevo Código de Procedimiento Penal, que cambia a un sistema procesal acusatorio, en el que se concentran las actividades de investigación realizadas por el Fiscal y se privilegia la oralidad en el proceso.

Las *medidas cautelares* son las de aplicación general, las que tienen por objeto garantizar la presencia del imputado o acusado en el proceso, así como el pago de la indemnización de daños y perjuicios al ofendido y las costas procesales (Art. 159 C.P.P.) Las medidas cautelares son de aplicación restrictiva, sólo pueden ser ordenadas por el Juez y son únicamente las previstas en el Código de Procedimiento Penal, las que pueden ser de carácter personal o real; aspecto que se mantiene en igual sentido durante el siguiente período.

Por otra parte, en cuanto a la inmediación del procesado a efectos de su comparecencia en juicio, no obstante que en los delitos de corrupción cabe el juzgamiento en ausencia, es aplicable como en todo proceso penal, el inicio el *proceso de extradición*, el que se regula a partir de la Ley de Extradición¹³³ promulgada en el año 2000; la misma que también es incorporada en las dos convenciones internacionales contra la corrupción, ratificadas por el Ecuador.¹³⁴

El artículo 13 de la Convención de las Naciones Unidas contra la Corrupción,

¹³² Art. 101.- Toda acción penal prescribe en el tiempo y con las condiciones que la Ley señala. En el ejercicio del derecho que la prescripción establece, se observarán las reglas que siguen:

A excepción de los casos de imprescriptibilidad de las acciones y de las penas previstas en el último inciso del número 2 del artículo 23 y en el segundo inciso del artículo 121 de la Constitución Política de la República, en los demás delitos reprimidos con reclusión, cuyo ejercicio de acción es pública, de no haber enjuiciamiento, la acción para perseguirlos prescribirá en diez años; tratándose de delitos reprimidos con reclusión mayor especial, la acción para perseguirlos prescribirá en quince años. Tratándose de delitos reprimidos con prisión, la acción para perseguirlos prescribirá en cinco años. El tiempo se contará a partir de la fecha en que la infracción fue perpetrada.

¹³³ Ley de extradición No. 24, publicada en el Registro Oficial Suplemento N° 144 de 18 de Agosto del 2000.

¹³⁴ El Ecuador ha ratificado los principales instrumentos internacionales contra la corrupción: la Convención Interamericana contra la Corrupción, en el marco de la Organización de Estados Americanos OEA, que entró en vigor desde 1997; y, la Convención de las Naciones Unidas contra la Corrupción, emitida en el año 2005.

CNUCC, reconoce y consagra la extradición por parte de los países miembros, sobre personas implicadas en actos de corrupción, en concordancia con dicho instrumento, medida que es aplicable inclusive en caso de ausencia de un tratado entre los países involucrados.

Entre las sanciones inherentes a la sentencia condenatoria, se encuentra la *responsabilidad civil indemnizatoria*, que se origina a partir de las sentencias en casos de corrupción, esta tiene su origen en artículo 52 del Código Penal, a partir de la norma que señala que toda sentencia condenatoria lleva implícita la obligación solidaria de pagar las *costas procesales*; y, en el caso de las indemnizaciones por los daños causados por la infracción penal, se establece como requisito el ejercicio de la acusación particular.¹³⁵

El *proceso para la determinación de las indemnizaciones* se tramita en juicio verbal sumario, no se extinguen con la muerte del reo y su ejecución es coactiva.¹³⁶ En el caso de las sentencias de las causas en las que haya intervenido la Contraloría General del Estado como parte procesal, es este organismo el responsable de vigilar el resarcimiento de los daños y perjuicios, conforme las funciones y atribuciones de recaudación y coactiva, establecidas en el artículo 40 del Estatuto Orgánico de la Contraloría General del Estado,¹³⁷ facultad coactiva

¹³⁵ Art. 52.- Toda sentencia condenatoria lleva envuelta la obligación solidaria de pagar las costas procesales por parte de todos los responsables del delito. Los daños y perjuicios serán pagados asimismo en forma solidaria por todos los responsables contra quienes se haya ejercitado acusación particular con el objeto de alcanzar tal indemnización.

¹³⁶ Art. 67.- La condena a las penas establecidas por este Código es independiente de la indemnización de daños y perjuicios de acuerdo con las normas de los Códigos Civil y de Procedimiento Civil. Determinado el monto de la indemnización se lo recaudará por apremio real.

Podrá el damnificado o quien ejerza su representación legal reclamar ante el fuero penal la indemnización de los daños y perjuicios ocasionados por el delito, mediante la correspondiente acusación particular que con tal objeto se intente. La liquidación de las indemnizaciones declaradas en sentencia firme se llevará a cabo en juicio verbal sumario, conforme prescribe el Código de Procedimiento Penal.

La recaudación se realizará por apremio real en contra del deudor o del civilmente responsable. En caso de insolvencia comprobada, por las costas procesales no habrá apremio alguno.

Art. 68.- Cuando los bienes del condenado no fueren suficientes para pagar los daños y perjuicios, la multa y las restituciones, serán preferidas las dos primeras condenaciones; y en concurrencia de multa y costas debidas al Fisco, los pagos que hicieren los condenados les imputarán primeramente a las costas.

Art. 69.- Ninguna pena podrá ejecutarse mientras esté pendiente un recurso o aclaratoria de la sentencia.

Art. 70.- Las obligaciones civiles derivadas de las infracciones, no se extinguen por la muerte del reo.

¹³⁷ Estatuto Orgánico de la Contraloría General del Estado

Art. 40.- Funciones y atribuciones de la gestión de Recaudación y Coactivas

... b) Recaudar a través de la acción coactiva los ingresos provenientes de las resoluciones ejecutoriadas expedidas por el Contralor General del Estado, o sus delegados por efecto de la determinación de glosas

que se regula mediante el Reglamento para el Ejercicio de la Acción Coactiva por parte de la Contraloría General del Estado, emitido mediante Acuerdo No. 014-CG, publicado en el Registro Oficial No. 117 de 3 de julio de 2003.

2.4.1.3. Instrumentos de política social

En concordancia con el criterio señalado por Jiménez de Asúa (Citado en Rivera 2005: 25 – 26), que señala la clasificación de las medidas previas y posteriores al cometimiento de actos ilícitos, en políticas sociales y política criminal, respectivamente, este acápite incluye los instrumentos identificados que se orientan a la prevención de la comisión de delitos, los que se han organizado en dos clases: (1) instrumentos de promoción del control social; (2) e instrumentos de transparencia y acceso a la información pública.

2.4.1.3.1. Instrumentos de promoción del control social

Las Constituciones de 1998 y 2008 incorporan un conjunto de acciones que involucran la participación de la ciudadanía y la sociedad civil¹³⁸ en el control de la acción pública, los que si bien se encuentran más orientados a generar medidas de prevención respecto del cometimiento de actos de corrupción pública, según su comportamiento tienen también

confirmadas, multas y órdenes de reintegro de desembolsos indebidos de recursos públicos, que establezcan obligaciones a favor del Gobierno Central y de las instituciones y empresas que no tengan la capacidad legal para ejercer la coactiva, así como los ingresos derivados de sentencias ejecutoriadas condenatorias por delitos, en las que se hubiere dispuesto la indemnización de daños y perjuicios; y planificar, dirigir y controlar las actividades relativas a la recaudación de esos ingresos;

¹³⁸ Los actores que participan en esta clase de procesos son representantes de organizaciones de la sociedad civil y personas naturales provenientes de colegios profesionales, organizaciones no gubernamentales, iglesias, organizaciones comunitarias, de mujeres, jóvenes, estudiantes, barriales, campesinas, étnicas, de voluntariado; organizaciones gremiales, comunidades eclesiales de base; comités de derechos humanos; entidades educativas de nivel superior y medio, así como personas independientes interesadas, a nivel nacional.

potencial para influir en la probabilidad subjetiva de sanción y en la probabilidad de detección.

Los mecanismos e instrumentos de control social anticorrupción del periodo constitucional 1998 surgen principalmente desde la acción de la Comisión de Control Cívico de la Corrupción como organismo especializado de control, a partir del ejercicio de sus atribuciones para la prevención de actos de corrupción y la promoción de la participación de la sociedad civil en la vigilancia y control de la gestión pública.¹³⁹

La *veeduría ciudadana* es el mecanismo de control social con una relación más directa en el incremento de la probabilidad de sanción; mecanismo que inicia en el año 2000 y se considera como una forma organizativa de carácter ciudadano, que fomenta la participación social en el control y la vigilancia de la gestión pública.¹⁴⁰

Desde al año 2000 hasta el 2007¹⁴¹ se promovieron, avalaron y acompañaron ochenta y cuatro veedurías ciudadanas a nivel nacional en diecisiete provincias, en estos procesos participaron aproximadamente 1000 ciudadanos de distintos sectores de la sociedad, que lideraron procesos de vigilancia en los siguientes ámbitos: proyectos locales, provinciales o nacionales relacionados con la construcción de vías, obras de alcantarillado, reciclaje de residuos sólidos, seguimiento a proyectos, planes, programas nacionales y políticas de Estado tales como salud, educación y ambiente. Cabe señalar, que en algunos casos acciones de control social originaron la denuncia e investigación de posibles actos de corrupción.

Otra intervención directa de la ciudadanía se produce a partir de la presencia de denuncias de corrupción provenientes de sectores organizados de la sociedad civil, ante la Comisión de Control Cívico de la Corrupción, las que activan procesos de control de este

¹³⁹ Art. 220 de Constitución de la República del Ecuador de 1998, en concordancia con los artículos 2 y 7 de la Ley de la Comisión y el artículo 17 del Reglamento Orgánico Funcional.

¹⁴⁰ Reglamento General de Veedurías aprobado por el Pleno de la Comisión.

¹⁴¹ Informe Institucional 2007.

organismo, que se refieren a acciones de control e inicio de procesos de juzgamiento en algunos de los casos de mayor impacto y relevancia.

Las actuaciones de la Comisión de Control Cívico de la Corrupción denotan un proceso de triangulación en la intervención de actores sociales en el control de actos de corrupción, a partir de lo que algunos teóricos denominan “interfaces”, que permiten articular la rendición de cuentas con los procesos de control social, entendidos como un conjunto de procesos y mecanismos de control vertical, de carácter no electoral, que articulan un conjunto de asociaciones, movimientos ciudadanos y medios de comunicación. (Isunza y Lavalle, 2010:21; Peruzzotti y Smulovitz, 2002).

Entre los procesos de control social sobre casos de corrupción, que se activaron a través de la interacción de organizaciones sociales representadas ante la CCCC; y, que permitieron canalizar el proceso de juzgamiento de casos de corrupción relevantes, se observan a partir de cuatro casos de estudio emblemáticos en la política ecuatoriana: “Piponazgo Congreso Nacional”; “Congelamiento bancario dictado por Presidente Mahuad”; “Caso Filanbanco”, en los cuales se puede observar a partir de la narrativa del caso, los roles que jugaron la opinión pública, la sociedad civil, la CCCC o los actores políticos en la activación de los controles institucionales, conforme se describe en el Apéndice N° 6.

2.4.1.3.2. Instrumentos de transparencia y acceso a la información pública

El proceso de desarrollo del *Sistema Oficial de Información de Contratación Pública* mediante internet inicia el año 2003, a través del sistema “CONTRATANET, iniciativa que es promovida a través de la CCCC como una alternativa frente a los recurrentes casos de

corrupción en las compras públicas.¹⁴² Esta propuesta funciona únicamente como un sistema de información, a partir del cual se capacita a los servidores públicos sobre el uso de herramientas tecnológicas para promover la transparencia en la contratación pública.

Otro instrumento de información relevante son las *Declaraciones Patrimoniales Juramentadas*, que se regulan mediante la Ley No. 2003-4, promulgada el mismo año, norma que regula la obligación constitucional establecida en el artículo 122, que establece el deber de los funcionarios públicos de libre nombramiento y remoción, período fijo, los ciudadanos elegidos por votación popular y los miembros de la Fuerza Pública de presentar al inicio y al final de su período una declaración patrimonial juramentada de sus activos y pasivos. La competencia de control sobre el cumplimiento de esta obligación, le corresponde a la Contraloría General del Estado.

Conforme la legislación ecuatoriana, la ausencia de declaración juramentada constituye un impedimento para posesionarse del cargo, para ascender o retirarse; también se puede exigir a terceras personas sobre las cuales existe la presunción del uso de testaferros. Y finalmente el efecto de mayor gravedad, se produce en el caso de la falta de declaración al final del ejercicio de funciones, situación que constituye presunción de enriquecimiento ilícito.

Finalmente, la *Ley Orgánica de Transparencia y Acceso a la Información Pública*,¹⁴³ se incorpora por primera vez al sistema jurídico ecuatoriano en el año 2004, norma que se orienta a garantizar y viabilizar el derecho de acceso a la información pública, la misma que inicia su proceso de implementación y continúa vigente durante el período 2008.

¹⁴² El proyecto CONTRATANET surge a partir del acercamiento inicial con la experiencia mexicana y posteriormente se implementa con el auspicio de la Agencia Suiza para el Desarrollo y la Cooperación, COSUDE.

¹⁴³ Publicada en el Registro Oficial Suplemento 337, de 18 de mayo de 2004

2.4.2. Conjunto de estrategias del período constitucional 2008

2.4.2.1. Diseño institucional

En el período de vigencia de la Constitución de 2008, la composición institucional del sistema de control se conforma por: (1) Contraloría General del Estado; (2) Procuraduría General del Estado; (3) Ministerio Público; (4) Consejo de Participación Ciudadana y Control Social; y, (5) Superintendencias de Control; que para el periodo son las siguientes: Compañías, Telecomunicaciones, Bancos y Seguros, Economía Popular y Solidaria; Control del Poder del Mercado; de Información y Comunicación.

Este período se caracteriza por un elevado proceso de innovación institucional relacionado con el control, a partir de la creación de una nueva Función del Estado, a la que se denomina la Función de Transparencia y Control Social (FTCS), a la que se le asigna la competencia de promover e impulsar el control de las entidades y organismos del sector público y de las personas naturales o jurídicas del sector privado que presten servicios o desarrollen actividades de interés público, así como de la prevención y combate a la corrupción.¹⁴⁴

La FTCS está integrada por las entidades de control externo de los diferentes ámbitos de control: el Consejo de Participación Ciudadana y Control Social, la Defensoría del Pueblo, la Contraloría General del Estado y las Superintendencias de control antes enumeradas, así como aquellas que se llegaren a crear.

La Constitución del 2008 continúa con la tendencia a la incorporación de instituciones especializadas de control anticorrupción con integración ciudadana, a partir del Consejo de Participación Ciudadana y Control y Control Social, con un cambio en el mecanismo de

¹⁴⁴ Artículo 204 de la Constitución de la República.

conformación respecto de su antecedente institucional (CCCC), dado que la designación de autoridades se realiza a través de concursos individuales de méritos y oposición.

La Función de Transparencia y Control Social (FTCS) se encarga de promover e impulsar la prevención y el control de las entidades y organismos del sector público y privado que desarrollen actividades de interés público,¹⁴⁵ cuyo objetivo de creación es articular las autoridades de los diferentes organismos de control de carácter autónomo.

En este período también cambian los mecanismos de designación de las principales autoridades,¹⁴⁶ por las siguientes modalidades: (a) concurso público de oposición y méritos, a cargo de comisiones ciudadanas de selección, integradas paritariamente por delegados de la ciudadanía y de las Funciones del Estado, con veeduría e impugnación ciudadana, en el caso del Contralor General del Estado y el Defensor del Pueblo; y, (b) mediante ternas remitidas por el Presidente de la República, selección que la realiza el Consejo de Participación Ciudadana y Control Social, con proceso de veeduría e impugnación ciudadana, en el caso de las Superintendencias de control existentes y las que se llegaren a crear.¹⁴⁷

La articulación de la nueva Función del Estado, según el artículo 206 de la Constitución, se realiza a través de una instancia de coordinación, integrada por los titulares de las entidades de control que conforman la Función, cuyas atribuciones principales son: la formulación de políticas públicas de participación ciudadana, control social, rendición de cuentas, transparencia y lucha contra la corrupción; la articulación del Plan Nacional de Prevención y Lucha la Corrupción; la formulación de propuestas de Ley y reformas legales en el ámbito de sus competencias; y, la coordinación de acciones para el control, entre las entidades que la integran.

¹⁴⁵ Artículo 204 de la Constitución de la República.

¹⁴⁶ Las autoridades de las superintendencias de control durante el período de la Constitución de 1998, eran designadas por el Congreso Nacional, a partir de ternas remitidas por el Ejecutivo, mecanismo que cambia a partir de la Constitución del 2008.

¹⁴⁷ Al cierre de la investigación existen cinco Superintendencias de Control, en el ámbito de compañías y seguros, bancos, economía popular y solidaria; control del mercado; y de comunicación e información.

La instancia de coordinación de la Función de Transparencia y Control Social inicia su funcionamiento a partir del año 2008 y entre las acciones más relevantes ejecutadas hasta el 2014 se encuentran: (1) la formulación del Plan Nacional de Lucha contra la Corrupción, que fue elaborado participativamente, a través de la intervención de sus organismos integrantes, el mismo que fue aprobado en el año 2013, a partir de lo cual, se inició su proceso de socialización a nivel nacional, sin que exista ningún proceso que permita determinar su nivel de aplicación o cumplimiento; (2) la formulación del Proyecto de Ley Orgánica de la Función de Transparencia y Control Social, que fue aprobado por la Asamblea Nacional en el 2014.

Otro de los elementos institucionales relevantes del período es la integración del Consejo de Participación Ciudadana y Control y Control Social, CPCCS, que mantiene las competencias de prevención y control de la corrupción de su antecedente institucional, con competencias fortalecidas respecto de la capacidad de ser parte procesal en los casos que investigue. Adicionalmente, el CPCCS tiene una competencia totalmente nueva en sistema jurídico ecuatoriano y probablemente también nueva a nivel comparado, que consiste en la organización de concursos para la selección de las principales autoridades públicas y su designación en determinados casos, mediante mecanismos de concursos de méritos y oposición.

En cuanto al proceso de recepción de *denuncias ciudadanas e investigación* de posibles actos de corrupción, el Consejo de Participación Ciudadana y Control Social, en el período del año 2010 - 2015, tramitó 558 denuncias y remitió 77 casos para conocimiento de la Fiscalía General del Estado.¹⁴⁸

¹⁴⁸ Cabe señalar, que si bien el CPCCS inicia su vida jurídica a partir de la Constitución de 2008, las primeras autoridades son parte del proceso de transición institucional, de la extinción de la CCCC a la existencia del CPCCS; y, sus primeras autoridades designadas conforme el procedimiento que regula su creación, se posesionan el 18 de marzo de 2010. Por este motivo se excluyen del análisis de datos los resultados relativos a los años 2008 y 2009.

Respecto de las acciones del CPCCS en los mecanismos de control social, promoción de la participación ciudadana y designación de autoridades, estos mecanismos se desarrollan en el acápite relativo a los instrumentos de control social.

2.4.2.2. Instrumentos de política criminal

2.4.2.2.1. Magnitud de la pena en el delito de peculado

En el período 2008, la principal variación en cuanto a la regulación de los delitos de corrupción de cohecho, concusión y enriquecimiento ilícito, se refieren a la vigencia del Código Orgánico Integral Penal, desde el año 2014, con excepción del delito de peculado, en el que se producen otras variaciones previas.

El nuevo Código Integral Penal denota como estrategia de política criminal el incremento de las penas, en cuanto a los delitos de cohecho, concusión, enriquecimiento ilícito y peculado, con la derogación del Código Penal de 1971, con algunos nuevos elementos respecto de las conductas tipificadas y su sanción. Sin embargo, dado que la vigencia inicia en el 2014, no existe información que permita evaluar el cambio de la política, razón por la cual, no se desarrollan a detalle dichas variaciones en la tipificación vigente.

Sin embargo, cabe señalar que mediante Resolución 008-2015 de la Corte Nacional de Justicia publicada en el R.O. 539 de 9 de julio de 2015, se dispone que para los casos de peculado bancario no se requiere el informe previo de la Contraloría General del Estado.

Respecto del delito de peculado, en seguimiento a su último contenido vigente en el período constitucional 1998, se parte de la vigencia de la norma contenida en el artículo 257 del Código Penal de 1971, en concordancia con la reforma del año 1979, incorporada con el retorno a la democracia y la reforma del año 1995.

Antes de la derogatoria del Código Penal de 1971, por el Código Integral Penal vigente desde el año 2014, se producen dos reformas: la primera con la Ley N° 26, publicada en el Registro Oficial 190 de 13 de Mayo de 1999 (Art. 19), que se refiere a la incorporación de nuevos sujetos imputables; y, la segunda reforma incorporada con la Ley N° 47, publicada en el Registro Oficial 422 de 28 de septiembre del 2001 (Art. 17), que se refiere al incremento de la pena, conforme se puede observar del Apéndice N° 5.

La reforma de 1999, incorpora como posibles sujetos activos del delito de peculado a los funcionarios, administradores, ejecutivos o empleados de las instituciones del sistema financiero nacional privado, así como a los miembros o vocales de los directorios y de los consejos de administración de dichas entidades, que hubiesen contribuido al cometimiento del delito, reforma que se produce como respuesta a los delitos de la banca privada, relacionados con la crisis del sistema financiero nacional ecuatoriano.¹⁴⁹

Y en cuanto a la magnitud de la pena, la reforma del 2001, incrementa la pena, duplicando el rango en los casos generales a una pena privativa de libertad de *ocho a doce años* y en los casos de peculado sobre fondos destinados a la defensa nacional a una pena privativa de libertad de 12 a 16 años.¹⁵⁰

El período finaliza con la derogación del Código Penal de 1971 y la promulgación del nuevo Código Integral Penal, vigente desde el 2014, en el cual el delito de peculado y todas sus conductas posibles, se tipifican en un artículo 278 del COIP, norma que en su primer año de vigencia cuenta con una reforma incorporada por el Código Orgánico Monetario y Financiero relativa al peculado bancario;¹⁵¹ y, una Resolución de la Corte Nacional de

¹⁴⁹ Reforma incorporada mediante el Art. 19 de la Ley N° 26, publicada en el Registro Oficial 190 de 13 de Mayo de 1999.

¹⁵⁰ Reforma incorporada por el artículo 17 de la Ley No. 47, publicada en el Registro Oficial 422 de 28 de Septiembre del 2001.

¹⁵¹ La reforma introducida por la Ley No. 0, publicada en Registro Oficial Suplemento 598 de 30 de Septiembre del 2015, que contiene el Código Orgánico Monetario y Financiero y se refiere al peculado bancario, a partir de la cual se agrega un inciso que señala: “Son responsables de peculado las o los funcionarios o servidores públicos, las o los funcionarios, administradores, ejecutivos o empleados de las instituciones del Sistema Financiero Nacional que realicen actividades de intermediación financiera, así como los miembros o vocales de

Justicia se dispone que para los casos de peculado bancario no se requiere el informe previo de la Contraloría General del Estado, que establece el artículo 581 del COIP.¹⁵²

2.4.2.2.2. Instrumentos relativos al juzgamiento y sanción

La Constitución Política de la República del Ecuador de 2008, publicada en el Registro Oficial de 20 de octubre del 2008, contempla en igual sentido que la de 1998, la imprescriptibilidad y el juzgamiento en ausencia, en el caso de los delitos de cohecho, concusión, peculado y enriquecimiento ilícito,¹⁵³ con aplicación en igual sentido a los agentes públicos y privados.

Las normas procesales se mantienen en igual sentido al período 1998 hasta la promulgación del Código Integral Penal, COIP, vigente desde 2014, que deroga el Código Penal de 1971, el Código de Procedimiento Penal y el Código de Ejecución de Penas; y, se integran en un solo cuerpo normativo, las normas sustantivas, adjetivas y de ejecución,

los directorios y de los consejos de administración y vigilancia de estas entidades, que con abuso de las funciones propias de su cargo: a) dispongan fraudulentamente, se apropien o distraigan los fondos, bienes, dineros o efectos privados que los representen; b) hubiesen ejecutado dolosamente operaciones que disminuyan el activo o incrementen el pasivo de la entidad; o, c) dispongan de cualquier manera el congelamiento o la retención arbitraria o generalizada de los fondos o depósitos en las instituciones del Sistema Financiero Nacional, causando directamente un perjuicio económico a sus socios, depositarios, cuenta partícipes o titulares de los bienes, fondos o dinero. En todos estos casos serán sancionados con pena privativa de libertad de diez a trece años. Si los sujetos descritos en el inciso precedente causan la quiebra fraudulenta de entidades del Sistema Financiero Nacional, serán sancionados con pena privativa de libertad de diez a trece años.”

¹⁵² Nota: Artículo reformado por Disposición Reformatoria Trigésima séptima de Ley No. 0, publicada en Registro Oficial Suplemento 332 de 12 de Septiembre del 2014.

Ver disposiciones en delitos de peculado contra el sistema financiero, Resolución de la Corte Nacional de Justicia No. 8, ver Registro Oficial 539 de 9 de Julio de 2015, en el Anexo N° 7

¹⁵³ Art. 121.- Las normas para establecer la responsabilidad administrativa, civil y penal por el manejo y administración de fondos, bienes o recursos públicos, se aplicarán a los dignatarios, funcionarios y servidores de los organismos e instituciones del Estado.

Los dignatarios elegidos por votación popular, los delegados o representantes a los cuerpos colegiados de las instituciones del Estado y los funcionarios y servidores públicos en general, estarán sujetos a las sanciones establecidas por comisión de delitos de peculado, cohecho, concusión y enriquecimiento ilícito. La acción para perseguirlos y las penas correspondientes serán imprescriptibles y, en estos casos, los juicios se iniciarán y continuarán aun en ausencia de los acusados. Estas normas también se aplicarán a quienes participen en estos delitos, aunque no tengan las calidades antes señaladas; ellos serán sancionados de acuerdo con su grado de responsabilidad.

aplicables al sistema penal; en el que se procura la inclusión de todos los tipos penales dispersos en leyes especiales.

El COIP incorpora la norma constitucional en su texto, a partir del artículo 16 y establece en igual sentido la imprescriptibilidad de la acción, entre otros, para los delitos de corrupción pública en estudio, en concordancia con el artículo 121 de la Constitución.

En cuanto al *proceso de extradición*, en este período continúa en vigencia la Ley de extradición vigente desde el año 2000.

Como punto relevante que influye en el juzgamiento de casos, cabe señalar que mediante el COIP se incorpora a nivel legal como *requisito de procedibilidad* para el inicio de la acción penal, en el caso de los delitos de peculado y enriquecimiento ilícito, la existencia de un informe previo de la Contraloría General del Estado. Cabe resaltar, que este requisito fue incorporado inicialmente a partir de una resolución interpretativa de la Corte Nacional de Justicia, en el año 2010, en los términos contenidos en el Apéndice N° 7.

Cabe resaltar, que en este período también se produce una intervención de la Corte Nacional de Justicia sobre el nuevo artículo vigente, pues mediante Resolución 008-2015 de 9 de julio de 2015, se dispone que para los casos de peculado bancario no se requiere el informe previo de la Contraloría General del Estado, nueva regulación que permite pensar que se otorga un mayor nivel de alarma social a dicho delito, como consecuencia de la experiencia previa del país; así como también el análisis sobre los límites en el juzgamiento que genera, en relación a la posibilidad de detección por parte de la Contraloría General del Estado.

Entre las sanciones inherentes a la sentencia condenatoria,¹⁵⁴ en igual sentido al período previo, en cuanto a la reparación de los daños, el numeral 2 del artículo 11 del COIP,

¹⁵⁴ El artículo 56 del COIP establece que la interdicción de la persona privada de libertad, dura por todo el tiempo de la pena aplicada, a no ser por sucesión por causa de muerte.

establece el derecho de las víctimas a la adopción de mecanismos para la *reparación integral de los daños sufridos*. Y respecto de los procesos de ejecución de sentencias condenatorias, se mantiene la legislación que regula la facultad coactiva de la Contraloría General del Estado para el cobro de indemnizaciones en los casos patrocinados por la Entidad.

La mayoría de procesos tramitados en este período, se rigen por el Código de Procedimiento Penal vigente desde el año 2000, según el cual, el proceso consta de las siguientes etapas: indagación previa, instrucción fiscal, etapa intermedia, juicio e impugnación. La indagación previa es una etapa de investigación que se ejecuta por la Fiscalía General del Estado, tiene un carácter reservado y no implica el inicio de un proceso penal, el que se produce únicamente a partir de la instrucción fiscal. (Art. 215 y 217 C.P.P. vigente).

2.4.2.3. Instrumentos de política social

2.4.2.3.1. Instrumentos de promoción del control social

A partir de la Constitución de 2008 se consagra la participación ciudadana como un derecho y se incorporan constitucionalmente un conjunto de mecanismos de participación, control social y rendición de cuentas;¹⁵⁵ así como una serie de normas conexas que desarrollan estos instrumentos.¹⁵⁶

La Ley Orgánica de Participación Ciudadana propone entre otros mecanismos, un conjunto de herramientas de control social: tales como la revocatoria del mandato,¹⁵⁷

¹⁵⁵ Constitución de la República del Ecuador: Art. 61, num. 5, Art. 96; Art. 100; Art. 223, inciso primero; Art. 395, num. 3;

¹⁵⁶ Entre la normativa secundaria que desarrolla estos mecanismos tenemos: la Ley Orgánica de Participación Ciudadana, la ley Orgánica del Consejo de Participación Ciudadana y Control Social, el Código Orgánico de Organización Territorial, Autonomía y Descentralización, la Ley Orgánica Electoral y de Organizaciones Políticas de la República del Ecuador, el Código de la Democracia.

¹⁵⁷ Constitución de la República del Ecuador: Art. 105, Ley Orgánica del Consejo de Participación Ciudadana y Control Social: Art. 8, Ley Orgánica de Participación Ciudadana: Capítulo IV del Título II

veedurías ciudadanas,¹⁵⁸ rendición de cuentas,¹⁵⁹ observatorios,¹⁶⁰ conforme se puede observar del Apéndice N° 8

Por otra parte, en cuanto a los mecanismos de control social y promoción de la participación ciudadana, según el informe de gestión del período 2010 - 2015, desde el 20 de septiembre de 2012, se han alcanzado los siguientes resultados: la integración de 240.000 personas en la conformación o fortalecimiento de asambleas e implementación de mecanismos de participación ciudadana; se han implementado 206 veedurías ciudadanas en todas las provincias del país; 9 observatorios ciudadanos; 49 comités de usuarios 825 defensores y defensoras comunitarias; y, se han promovido proyectos en las diferentes circunscripciones territoriales del país orientadas a la promoción y el fortalecimiento del ejercicio de los derechos de participación.

En cuanto a los nuevos mecanismos de designación de autoridades incorporados por la Constitución de 2008, se asigna al CPCCS la competencia en los procesos de selección y designación de las principales autoridades públicas, de las cuales en el período 2010 – 2014¹⁶¹ se designan más de 17 autoridades públicas, a través de Comisiones Ciudadanas de Selección y ternas, procesos que revisten una elevada complejidad por la necesidad de que el CPCCS emita su regulación y coordine los procesos de organización de cada uno de estos mecanismos; así como de los procesos de veeduría e impugnación ciudadana, que deben

Código Orgánico de Organización Territorial, Autonomía y Descentralización: Art. 303 inciso cuarto, 310 Ley Orgánica Electoral y de Organizaciones Políticas de la República del Ecuador, Código de la Democracia: Arts. 25 num. 2, Sección Quinta: Art. 199 y siguientes.

¹⁵⁸ Constitución de la República: Art. 100, 180 inciso final, 205 inciso final, 208 nums. 2 y 10, 209, 223

Ley Orgánica del CPCCS: Art. 5, nums. 5 y 8, Art. 8, nums. 2 y 3, Arts. 34, 35, 55, 63, 68 inciso primero, 72

Ley Orgánica de Participación Ciudadana: Art. 78

Ley Orgánica Electoral y de Organizaciones Políticas de la República del Ecuador, Código de la Democracia: Art. 169.

Reglamento General de Veedurías Ciudadanas.

¹⁵⁹ Constitución de la República del Ecuador: Art. 83, nums. 7, 8, 11

Ley Orgánica de Participación Ciudadana: Capítulo Segundo, Título IX

Ley Orgánica del Consejo de Participación Ciudadana y Control Social: Arts. 9, 10, 11 y 12.

¹⁶⁰ Ley Orgánica de Participación Ciudadana: Art. 79

Ley Orgánica Electoral y de Organizaciones Políticas de la República del Ecuador, Código de la Democracia: Art. 169.

¹⁶¹ Informe del CPCCS para la Audiencia convocada por la Comisión Interamericana de Derechos Humanos (CIDH), sobre independencia judicial, de octubre de 2014.

realizarse respecto de cada uno, lo que refleja que el mayor nivel de concentración de la gestión de la Entidad se refieren al ejercicio de esta competencia, cuyo detalle se puede observar en el Apéndice N° 9.

La Ley Orgánica de Participación Ciudadana propone entre otros mecanismos, un conjunto de herramientas de control social, conforme se detalla en el Apéndice N° 8; de los cuales se resalta el mecanismo de revocatoria del mandato,¹⁶² pues es un instrumento de control del poder político por parte de la ciudadanía, orientado a interrumpir el mandato de una autoridad electa, por solicitud de la ciudadanía, en causales relacionadas entre otros aspectos, con posibles actos de corrupción.

La incorporación de esta figura por el artículo 105 de la Constitución de 2008, permite visibilizar un activismo durante su primera fase de aplicación, pues en el año 2011 se llegan a convocar aproximadamente 55 procesos de revocatoria del mandato por parte del Consejo Nacional Electoral,¹⁶³ información que se señala ejemplificativamente, con el fin de analizar los posibles incentivos de los agentes ciudadanos en el ejercicio de sus derechos de participación y control social, en los acápites siguientes.

2.4.2.3.2. Instrumentos de transparencia y acceso a la información pública

En el 2008 la Asamblea Nacional Constituyente, mediante mandato, dicta la Ley del Sistema Nacional de Contratación Pública, a partir de la cual se implementa con el carácter de obligatorio, el Portal Único de Compras Públicas, en el que se realizan todos los procesos contractuales de obras, bienes y servicios.

¹⁶² Constitución de la República del Ecuador: Art. 105, Ley Orgánica del Consejo de Participación Ciudadana y Control Social: Art. 8, Ley Orgánica de Participación Ciudadana: Capítulo IV del Título II

Código Orgánico de Organización Territorial, Autonomía y Descentralización: Art. 303 inciso cuarto, 310

Ley Orgánica Electoral y de Organizaciones Políticas de la República del Ecuador, Código de la Democracia: Arts. 25 num. 2, Sección Quinta: Art. 199 y siguientes.

¹⁶³ <http://cne.gob.ec/es/institucion/procesos-electorales/revocatorias-de-mandato>

El portal se administra a través de una instancia administrativa, dependiente del Ejecutivo y conformada por delegados de organismos de la Función Ejecutiva, relativos al sector económico; denominada Instituto Nacional de Compras Públicas, INCOP, hasta el año 2014; actual Servicio Nacional de Contratación Pública, SERCOP.

En este período se mantiene la Ley No. 2003-4 que regula las Declaraciones Patrimoniales Juramentadas; cuyo proceso de implementación por parte de la Contraloría General del Estado, ha tenido algunos avances, enfocados al análisis y seguimiento de su contenido, mediante un sistema informático, que facilita el proceso de control de la información declarada.

En el año 2014 se ingresó para su trámite ante la Asamblea Nacional un nuevo Proyecto de Ley, que a partir de experiencias comparadas, incorpora un nuevo sistema de declaración, a través de mecanismos información, con miras a facilitar la presentación, análisis y seguimiento de este instrumento de control.

En cuanto a la implementación de la Ley Orgánica de Transparencia y Acceso a la Información Pública del 2004,¹⁶⁴ la misma continúa vigente y se reflejan avances en su proceso de implementación, en lo relativo al levantamiento del catastro de entidades obligadas a publicar la información de carácter financiero, presupuestario, planificación, personal y remuneraciones, e informes anuales de rendición de cuentas.

La responsabilidad del seguimiento de las obligaciones de esta Ley, corresponde a la Defensoría del Pueblo, entidad que ha desarrollado metodologías, formatos e información dirigida a las entidades obligadas, a efectos de promover y facilitar el cumplimiento de la Ley.

El nuevo diseño institucional incorpora la Rendición de Cuentas como un proceso transversal relativo a la gestión pública, esta obligación se organiza a partir de la presentación

¹⁶⁴ Ley Orgánica de Transparencia y Acceso a la Información Pública, publicada en el Registro Oficial Suplemento 337, de 18 de mayo de 2004.

anual de información sobre el cumplimiento por parte de las entidades públicas y aquellas que administren recursos públicos, sobre el cumplimiento de su gestión, tanto a la ciudadanía como al Consejo de Participación Ciudadana CPCCS.

Para el efecto el Consejo ha creado un modelo para la rendición de cuentas que contempla los ejes de: acceso a la información, implementación de espacios participativos e incidencia en la gestión de lo público; información que a partir del 2012 cuenta con una plataforma virtual para su presentación, a partir de la cual es posible canalizar la posibilidad de acceso universal a la información presentada por las instituciones públicas obligadas, razón por la que se ha categorizado a este instrumento de política dentro de los mecanismos de acceso a la información de carácter público.

El grado de cumplimiento de la obligación de Rendición Cuentas se ha ido implementando progresivamente, a partir del año 2010, conforme se observa de la siguiente tabla:

Tabla N° 4 Rendición de Cuentas a través del CPCCS

Año	N° de instituciones y autoridades
2010	70 instituciones
2011	600 instituciones
2012	870 instituciones
2013	3.029 instituciones públicas; y, 3.985 autoridades de elección popular
2014	7014 instituciones

Fuente: Informes institucionales CPCCS. Elaboración propia.

La implementación inició con la elaboración participativa de instrumentos como guías metodológicas y formularios para el cumplimiento de la obligación, para a partir del 2011 iniciar el diseño de una plataforma informática que facilite el proceso; en los años siguientes

se incorporaron aportes de las instituciones involucradas a las guías y formularios; se formularon guías metodológicas especializadas para cada Función del Estado y se implementaron campañas de comunicación en todo el país y procesos intensivos de capacitación y sensibilización a la institucionalidad pública y a la ciudadanía.

El conjunto de estrategias promovidas por el CPCCS para el cumplimiento de la obligación de rendir cuentas por parte de las instituciones y autoridades públicas, ha permitido que de un número inicial de 70 instituciones que presentaron sus informes en el 2010, se haya llegado en el año 2014 a un total de 7014 instituciones obligadas que han presentado su informe a través de la plataforma virtual.¹⁶⁵

2.5. Análisis económico de los instrumentos de política anticorrupción. Período 1998 - 2014

Las políticas públicas como un campo científico de investigación permiten observar las tendencias en el funcionamiento del sistema institucional del Estado frente a la problemática de la corrupción pública y su control, que hace necesaria una interpretación integral de la institucionalidad del Estado, como un asunto que excede a lo estrictamente normativo y se encuentra relacionado con variables de comportamiento en un contexto social, económico, político y cultural; realidad que plantea un reto en la conformación de las instituciones en sentido económico y los incentivos que éstas incorporan.

El análisis económico de los instrumentos de política formulados en los períodos constitucionales 1998 – 2008, requiere partir de la interpretación de la corrupción como un problema de asignación de recursos, que genera costos individuales y sociales. El período de análisis plantea la posibilidad de observar el comportamiento estratégico, en dos contextos

¹⁶⁵ Informe Final de Gestión, Presidencia del CPCCS 2010 - 2014.

constitucionales, marcados por un conjunto de cambios en las instituciones de control, en las normas de juzgamiento y sanción; y, en la incorporación de instrumentos de control social, para cada uno de los dos períodos constitucionales 1998 y 2008.

La Constitución de 2008 se caracteriza por procesos de innovación institucional, relativos tanto a la composición institucional como a la presencia de mecanismos de promoción de la participación ciudadana y control social; y, el acceso a la información pública, los que surgen como parte del cuestionamiento a los controles institucionales clásicos.

2.5.1. Diseño institucional

El cambio institucional como elemento temporal e histórico de acuerdo a las teorías neoinstitucionalistas “... forma la manera en que las sociedades se desarrollan en el tiempo y por lo tanto son la clave para entender el cambio histórico” (North, D.C., 1990),¹⁶⁶ criterio que se incorpora a la investigación con el objetivo de establecer relaciones con la presencia o no de cambios en el comportamiento de los agentes, a partir de las diferencias en la estructura de incentivos que genera la configuración institucional, de los períodos constitucionales de estudio.

Los diferentes enfoques teóricos y estudios sobre la corrupción, señalan al diseño institucional como un factor relevante en la estructuración de una política pública, pues tanto los enfoques estructurales como los institucionales, interpretan la corrupción como un síntoma del mal funcionamiento de las instituciones,¹⁶⁷ condición que influye en las

¹⁶⁶ Institutions, Institutional Change and Economic Performance, Cambridge University Press, Cambridge, North 1990.

¹⁶⁷ Sistema democrático (Paldam, 2002); efectividad del sistema legal, costumbres o tradiciones culturales (La Porta 1999; Treisman, 2000); influencia de la religión (Treisman, 2000); libertades civiles y de prensa (Adserá, Boix y Paine, 2003; Brunetti y Weder, 2003; Lederman, Loayza y Soares, 2005), tomado de Salinas Jiménez,

variaciones de la probabilidad de sanción y por tanto, en los niveles de disuasión del sistema de control.

Durante el período de estudio se observa como una tendencia común, el surgimiento de instituciones e instrumentos de control institucional y social, como parte del cuestionamiento a la eficacia del funcionamiento del Estado, así como del control y sanción de prácticas de corrupción.

La creación de la nueva Función del Estado y la continuidad institucional de un organismo especializado de control de la corrupción, a través de la creación del Consejo de Participación Ciudadana y Control y Control Social, refleja un diseño teórico orientado a crear espacios institucionalizados de coordinación en materia de prevención y control de la corrupción.

En cuanto a la creación de la Función de Transparencia y Control Social, en el período desde el 2008 al 2014, no se logra evidenciar la presencia de acciones sistemáticas relativas a su proceso de implementación o una evaluación sobre sus nivel de cumplimiento, lo que permite considerar que dicho espacio institucional no refleja acciones de impacto sobre la aplicación de las políticas sociales y criminales relativas al control de la corrupción.

De los resultados de la gestión del CPCCS, se desprende que la actividad se encuentra relacionada principalmente con los procesos de designación de autoridades y procesos de formación ciudadana, control social y rendición de cuentas, con un menor nivel de actividad respecto de acciones relativas a la política criminal anticorrupción. Sin embargo, cabe resaltar que no se cuenta con la información sistematizada suficiente, que permita un análisis a profundidad sobre la acción institucional de este Organismo de composición ciudadana.

Esta reducción del nivel de actividad en la denuncia e investigación de actos de corrupción por el Consejo de Participación Ciudadana y Control Social, presenta un nuevo

María del Mar/Javier, “Corrupción y actividad económica: una visión panorámica”, Hacienda Pública Española /Revista de Economía Pública, 180-(1/2007):109-137, 2007, p. 119.

cuestionamiento al impacto de los nuevos diseños institucionales propuestos en la Constitución de 2008, los que pueden ser neutralizados según las prioridades que adopte el patrocinador o nivel político de la gestión institucional.

2.5.2. Instrumentos de política criminal

La pregunta fundamental radica en analizar en qué medida los instrumentos de política criminal aplicados tienen en cuenta niveles de control óptimo, que permitan lograr equilibrios entre la asignación de recursos al control y los niveles de daño que las actividades ilícitas ocasionan. (Polinsky y Shavell, 2007)

En este sentido, el análisis de la política criminal parte de la relación entre la estructura sancionatoria de la norma penal y los resultados de su aplicación, con miras a obtener nociones sobre el grado de disuasión de la norma en el contexto del sistema de control y sanción del caso ecuatoriano.

Respecto a la *estructura sancionatoria* y la *magnitud de la pena*, uno de los temas de análisis es el nivel de protección nominal de los tipos penales, que en cuanto a los *delitos de cohecho y concusión*, durante el período 1998 y parte del 2008, hasta la vigencia del Código Integral Penal, se observa que el contenido de la sanción resultaba insuficiente para proteger el bien jurídico inherente, por las siguientes consideraciones:

Por una parte, las multas consideradas (6, 8, 16 y 31 dólares americanos) son irrisorias y por tanto irrelevantes, dado que son aplicables únicamente después de varios años de proceso penal, por tanto carecen de poder disuasorio. En cuanto a la sanción privativa de libertad, esta reviste un grado razonable de gravedad (6 meses a 3 años). Sin embargo, el juzgamiento de los delitos de cohecho y concusión observa dificultades para que la conducta descrita llegue a conocimiento de los órganos de administración de justicia y que las

conductas sean efectivamente juzgadas, dada la dificultad probatoria de la conducta tipificada, sin perjuicio de la presencia de factores de impunidad, que son en su conjunto, factores que reducen la eficacia de la norma.

Algunas de las posibles explicaciones sobre la ineficacia de la norma se originan en la percepción social de la gravedad de esta infracción, ya que el soborno es el tipo de acto de corrupción más aceptado por la población y en el que más se incurre directa o indirectamente, especialmente por las personas que tienen como actividad laboral la intermediación entre la prestación de los servicios públicos y los usuarios, tales como: tramitadores, agentes de cobranzas, abogados, situación que genera un problema práctico de una baja probabilidad de denuncia, teniendo en cuenta que el origen básico de su presencia es el acuerdo en corrupción de los agentes.

Existen estudios que relacionan el nivel de actividad de la población en el Ecuador respecto de prácticas relativas al soborno, tipificadas en los delitos de cohecho y concusión, principalmente respecto del acceso a servicios públicos, conforme se evidencia en los resultados de la Encuesta de Buen Gobierno practicada por Transparencia Internacional, que se puede observar en el Apéndice N° 1.

Con la reforma del COIP vigente desde el 2004, se elimina la sanción relativa a la multa, que por las consideraciones previas carecía de sentido sancionatorio; y se produce un agravamiento de la pena privativa de libertad, con diferentes gradaciones, en función de supuestos diversos, variación cuyo impacto deberá ser contrastado a futuro, conforme el nivel de probabilidad de sanción que logre el sistema de juzgamiento y sanción a futuro.

En cuanto al *delito de enriquecimiento ilícito* conforme se observa de las estadísticas presentadas por la Fiscalía General del Estado, en el Apéndice N° 10, el juzgamiento de este delito presenta el nivel más bajo de sentencia, la misma que conduce a pensar en varias posibilidades explicativas, tales como: un problema de formulación de la norma, un uso

abusivo de la norma penal en el inicio de procesos bajo este tipo penal, sin que existan los presupuestos considerados en la norma, así como también la presencia de limitaciones al proceso de juzgamiento, posibilidades que en su conjunto estarían generando la ineficacia de la norma y la ineficacia del sistema de control, dados los elevados “costos de perseguir el crimen” (Becker, 1968), hechos que alejan la actividad de control de este delito, de un nivel óptimo de actividad.

Respecto de las posibles explicaciones sobre los valores negativos en proceso de juzgamiento del delito de enriquecimiento ilícito, cabe mencionar la Resolución interpretativa de la Corte Nacional de Justicia, que incorpora el informe de la Contraloría General del Estado, como *requisito de procedibilidad* para su juzgamiento, factor cuya incidencia requiere de un análisis casuístico, tanto respecto este delito, como respecto del delito de peculado, segundo tipo penal en el que dicho requisito de procedibilidad tiene un mayor cuestionamiento, dada la diferencia sustancial entre los delitos de peculado y enriquecimiento ilícito.

En cuanto al *delito de peculado*, el texto que rige durante prácticamente todo el período 2008 - 2014, incorporado en el Código Penal de 1971, refleja que la norma se encuentra formulada en términos excesivamente abiertos y generales, conforme se desprende de la interpretación de la *noción de abuso* realizada por la Primera Sala de la Corte Suprema de Justicia, dentro del proceso de juzgamiento de un caso de corrupción pública,¹⁶⁸ formulación que convierte al delito en susceptible de diversas interpretaciones y que genera

¹⁶⁸ Gaceta Judicial, Serie XVI, No. 15, Juicio No. 65-99 Econ. César Verduga contra el Estado Ecuatoriano, p. 4308. En cuanto al término abuso que determina la norma, la Primera Sala de lo Penal de la Corte Suprema de Justicia del Ecuador, lo define en el siguiente sentido: “... ‘Abuso’ en su acepción general, significa el aprovechamiento de una situación en contra de una persona, en contra de algo, en contra del ordenamiento jurídico, o en contra del convivir social. Según la Enciclopedia Jurídica OMEBA (página 113, Tomo I) significa ‘toda demasia o exceso en el uso y tiene una aplicación conceptual amplísima. Puede referirse a situaciones de aprovechamiento injusto, de infidelidad por abuso de la confianza depositada, de prevalencia de un interés sobre otro, etc.’ ‘Jurídicamente se entiende por abuso el hecho de usar de un poder, de una facultad, de un derecho o de una situación. Teniendo en cuenta el ordenamiento moral de la sociedad’ el abuso se comete cuando se actúa aparentemente dentro de la esfera lícita o ética, pero, en realidad se sale de los límites impuestos por la justicia, la honestidad, la ley o la razón’...”

incertidumbre en sus destinatarios: agentes públicos, privados y operadores de justicia, como en efecto se observa en el acápite relativo a las “Tendencias en el juzgamiento de actos de corrupción”, desarrollado en el Capítulo III.

En este marco a partir del delito de peculado, se puede observar como se articulan los elementos relativos al posible comportamiento de la probabilidad de sanción, que conducen a la formulación de criterios sobre la aplicación de los diferentes instrumentos de política criminal, que para el caso son: (1) la estructura del delito de peculado presente durante la vigencia del Código Penal de 1971, refleja problemas de técnica jurídica en su formulación; y, (2) se observa la presencia de *reglas especiales de procedimiento* que reducen la probabilidad de detección y por tanto inciden en el juzgamiento y sanción.

En cuanto a las deficiencias en la estructura del tipo penal de peculado, se observan los siguientes factores: por una parte la descripción de los elementos objetivos que determina la actuación ilícita es excesivamente abierta, estructura que la convierte en indeterminada y deja un elevado margen a la interpretación, generando condiciones para su instrumentalización política y procesos de cooperación tendientes a evadir el juzgamiento; y, por otro lado, la sanción tiene una estructura compleja con un alto nivel de rigurosidad, dado que se combina una sanción privativa de libertad con la inhabilitación perpetua para el ejercicio de la función pública, gravedad de la sanción que frente a la excesiva generalidad respecto de los elementos objetivos del tipo penal, le resta coherencia, racionalidad y eficacia a la aplicación de la norma.

En cuanto al *grado de disuasión de la norma* en el contexto de su aplicación y del funcionamiento del sistema de control y sanción en el caso ecuatoriano, en análisis se centra en el delito de peculado, norma que se cuestiona por su formulación excesivamente abierta, condición que puede explicar el mayor nivel de denuncias relacionadas con este tipo de comportamiento, lo que no implica necesariamente la presencia de conductas delictivas reales

y genera problemas de racionalidad en su interpretación y de proporcionalidad respecto del nivel de daño, de las diferentes conductas a las que puede aplicarse, conforme se observa en los casos de estudio descritos en el Apéndice N° 11.

En este contexto, reviste un problema la aplicación de una norma de inalienabilidad,¹⁶⁹ como es el caso del peculado, dados los bienes jurídicos que protege; y la ausencia de criterios más definidos respecto del comportamiento que se tipifica penalmente, lo que reduce la racionalidad y proporcionalidad de la norma y su aplicación en juicio, lo que genera mayores incentivos en los agentes para evadir su juzgamiento.

Esta ambigüedad de la formulación de la norma, deja abierto un amplio margen a la interpretación judicial, que en el contexto de los principios y reglas de derecho relativos al juzgamiento y la determinación del estado de culpabilidad, reducen los niveles de efectividad de la prueba y disminuyen la probabilidad de sanción de la conducta y a su vez reducen la eficacia de la norma penal y del proceso de juzgamiento.

En cuanto a los instrumentos relacionados con las *reglas especiales de procedimiento* para juzgar los delitos de corrupción pública en el caso de estudio, se observa que se han aplicado reglas que se consideran una excepción a principios generales de la teoría penal, como es el caso de la regla relativa a la prescripción de delitos y acciones; así como el principio de inmediación en el juzgamiento, a partir de la comparecencia del imputado a juicio, a partir de la norma constitucional que establece la posibilidad del juzgamiento en ausencia.

En este sentido, la norma que establece la imprescriptibilidad de la acción y el juzgamiento en ausencia, fortalece el endurecimiento de la estructura sancionatoria de la norma penal respecto de la conductas tipificadas; lo que abona a la hipótesis de que

¹⁶⁹ Según Calabresi y Melamed (1983) un derecho está protegido por una regla de inalienabilidad cuando su venta está prohibida, citado por Juan Carlos Bayón, Eficacia e Inalienabilidad, Doxa 15-16 (1994) p. 980

constituye un incentivo para evadir su aplicación en caso de juzgamiento, especialmente en el caso del delito de peculado, dados los problemas de racionalidad que presenta la formulación del tipo penal.

Adicionalmente, se observa que en la formulación de los instrumentos de política criminal existen instrumentos que están limitando el juzgamiento, con la consecuente reducción de la probabilidad de sanción y capacidad de control del sistema, como es el caso de la norma interpretativa y luego legal (COIP), que establece requisitos de procedibilidad basados en la acción excluyente del principal órgano de control administrativo externo de la Administración Pública, que para el caso de estudio es la Contraloría General del Estado, requisito que se considera una barrera de acceso al proceso de juzgamiento y a la capacidad investigativa de la Fiscalía General del Estado, concentrando de forma excesiva el poder en la Contraloría General del Estado y limitando las posibilidades de juzgamiento, dada las limitaciones institucionales y económicas de esta Entidad para cubrir simultáneamente todas las acciones de la Administración Pública, situación que abona a pensar que el requisito de procedibilidad, especialmente para el caso de peculado, constituye un factor que disminuye la probabilidad de detección, juzgamiento y sanción.

En este sentido, resulta cuestionable el posible nivel de eficacia de la estrategia del Estado de incrementar la magnitud de las sanciones en los delitos de corrupción pública, a partir de la vigencia del Código Integral Penal, cuando se adoptan simultáneamente condiciones para el juzgamiento que reducen la probabilidad agregada de sanción del sistema de control.

La sanción efectiva incluye tanto la aplicación de la sanción penal y las acciones de reparación, referidas a la aplicación de la *responsabilidad civil* por los daños causados con el cometimiento del delito, cuyo procedimiento en el Ecuador reviste cierto grado de complejidad, que implica un proceso judicial y administrativo que se aplica únicamente en

caso de existir acusación particular, en forma posterior a la sentencia y a instancia de la parte afectada. Se resalta su complejidad en comparación con el sistema jurídico anglosajón, en el cual el ejercicio de la acción indemnizatoria tiene elevados niveles de efectividad, tanto por la celeridad del trámite como por sus mecanismos de ejecución. Sin embargo, no se cuentan con datos que permitan realizar un análisis del tema, razón por la cual únicamente queda enunciado, como un ámbito de estudio para futuras investigaciones.

2.5.3. Instrumentos de política social

En cuanto a los instrumentos de promoción del control social, a partir de la revocatoria del mandato, que es uno de los instrumentos que se incorporan a partir de la Constitución de 2008, es posible evidenciar la diversidad de incentivos que pueden tener los agentes ciudadanos cuando se involucran en el ejercicio de mecanismos de control social, dado que no cabe la idealización de los agentes ciudadanos, pues éstos constituyen al igual que cualquier otro agente, individuos con intereses e incentivos propios, que al igual que en el caso de los burócratas, también pueden estar alineados al interés colectivo, al interés de los políticos o a su vez a su interés individual.

Esta diversidad de incentivos se observa con mayor claridad en el caso del mecanismo de revocatoria del mandato, dado que su ejercicio implica sacar del poder a una autoridad pública, situación que puede estar movilizada tanto por una demanda ciudadana real, como por intereses de los grupos políticos opositores a la autoridad pública.

Cabe señalar que la naturaleza de los incentivos de los agentes ciudadanos que se involucren en los mecanismos de participación y control social, pueden generar relaciones positivas o negativas respecto de la probabilidad subjetiva de sanción, las cuales pueden estar relacionadas con las diferentes fases del proceso de detección, juzgamiento y sanción.

En este sentido el ejercicio de las políticas de promoción del control social, también pueden analizarse a partir de la composición de una función de utilidad de los ciudadanos, que pueden encontrar incentivos provenientes del Estado, que promuevan y garanticen algún grado de independencia en el ejercicio del control social, en un marco institucional de garantía efectiva por parte del Estado, de la participación de la ciudadanía, elementos que pueden generar incentivos positivos o negativos respecto del control.

A partir del análisis de los mecanismos de protección efectiva para el ejercicio del control social que presenta un Estado, podemos observar el tipo de incentivos que se activan y por tanto el tipo de agentes que se vinculan al ejercicio del control, elemento en el cual la independencia de los organismos de control respecto de los patrocinadores, puede generar incentivos para mejorar los grados de relación de los procesos de control social, con el interés colectivo.

En cuanto a los *instrumentos de transparencia y acceso a la información pública* se observan importantes avances en la creación de información sobre la gestión del Estado, tanto a partir de la Implementación de la Ley Orgánica de Transparencia y acceso a la Información Pública, por parte de la Defensoría del Pueblo; como a partir del sistema de seguimiento a los procesos de Rendición de Cuentas, por parte del Consejo de Participación Ciudadana y Control Social. Sin embargo, dada su reciente implementación, aún no existen datos empíricos que permitan relacionar la presencia de estos instrumentos con el incremento efectivo de la probabilidad de sanción, más cabe resaltar que constituyen mecanismos de información que pueden facilitar el ejercicio del control social y de los procesos de rendición de cuentas por parte de la ciudadanía y organizaciones de la sociedad civil; así como también que pueden constituir fuentes de información para procesos de evaluación y seguimiento de políticas públicas, tanto desde la sociedad civil, como desde los diferentes organismos del Estado.

CAPITULO III

DISUASIÓN CRIMINAL DEL CONTROL ANTICORRUPCIÓN

Política criminal y comportamiento estratégico:

Una aplicación al caso de Ecuador

A partir del caso de estudio se busca una aproximación a los instrumentos de la política criminal de control de la corrupción y el conjunto de incentivos que puede producir un sistema de control para disuadir el comportamiento de los agentes públicos y privados del cometimiento de conductas ilícitas.

En este sentido el objetivo principal del Capítulo parte del cuestionamiento sobre ¿Cuál es el grado de racionalidad y disuasión de los mecanismos de control de la corrupción que aplica el Estado, respecto del comportamiento de los ciudadanos?, pregunta que busca ser respondida a partir de una aplicación de los elementos del modelo teórico de disuasión criminal planteado por Gary Becker (1968), en su trabajo *“Crime and punishment: an economic approach.”*¹⁷⁰

El planteamiento metodológico para la aplicación del modelo teórico de disuasión, parte de la descripción de los instrumentos de la política criminal de control de la corrupción, relacionados con los procesos de detección, juzgamiento y sanción, para luego articular teorías económicas que permitan analizar por una parte, el comportamiento de los agentes públicos que intervienen en las prácticas de corrupción, desde la *“Teoría económica del comportamiento burocrático”* formulada por Niskanen 1971; y, la racionalidad y nivel óptimo de la aplicación de las políticas de control criminal, a partir de la teoría del *“Public Enforcement of Law”*, formulada por Polinsky & Shavell 2007.

¹⁷⁰ Gary Becker, G. S. Becker, “Crime and punishment: an economic approach,” Journal of Political Economy, vol. 76, pp. 169–217, 1968.

La articulación teórica del abordaje se ha escogido dado su potencial para concentrar el análisis de las principales estrategias de control que pueden generarse desde la gestión de la administración pública; lo que permite observar el comportamiento del Estado como actor central de la organización de la política y la racionalidad del conjunto de estrategias implementadas, a partir del conjunto de incentivos que se incorporan, en relación a las preferencias individuales de los agentes.¹⁷¹

3.1. Política criminal anticorrupción en Ecuador y disuasión

Las nociones conceptuales iniciales sobre la política criminal provienen de finales del siglo XVIII y la conciben como “[...] el contenido sistemático de principios -garantizados por la investigación científica de las causas del delito y de la eficacia de la pena- según los cuales el Estado ha de emprender la lucha contra el crimen, por medio de la pena y de sus institutos penales.”¹⁷²

En este sentido, en el marco de la Ciencia Penal, la Política criminal permite “... una vez conocidas las causas de la criminalidad, que se produzcan normas jurídicas que la combatan.” (Rivera, 2005), por lo que autores como Jiménez de Asúa consideran que la Política criminal “se encuentra corriendo entre dos formas estáticas del Derecho penal: la filosofía y la legislación vigente.”, líneas transversales entre las cuales se califica a la *Política Criminal* como “... pragmática y componedora.”¹⁷³

Según sectores del penalismo alemán de los siglos XIX y XX, la Política Criminal debe comprender: (1) la articulación de medios para combatir el crimen después que éste

¹⁷¹ Las condiciones para que una preferencia sea racional se relacionan con la completud, transitividad, monotonicidad y continuidad, último elemento que se refiere a la posibilidad de medir la intensidad de las preferencias), desarrollo teórico que se observa en obras de varios autores, tales como: Luce y Raiffa (Games and Decisions, capítulo 2), Gutierrez (Ética y decisión racional, capítulo 4), Resnik (Choices, capítulo 4) o Gauthier (La moral por acuerdo, pp. 63 – 71), tomado de Ariel, Del Río de Angelis, *Juegos Evolutivos y Conducta Moral: Un análisis mediante simulaciones informáticas del surgimiento y justificabilidad de conductas no maximizadoras en contextos estratégicos*, 2007: 15.

¹⁷² Franz von Liszt, citado en Política Criminal y Sistema Penal, Rivera, 2005:25.

¹⁷³ Op. Cit.: 25

haya sido perpetrado; y, (2) la tarea de crítica y reforma de las leyes vigentes, ámbitos que son incorporados en la aplicación del modelo propuesto por la investigación.

3.1.1. Aplicación del modelo teórico de disuasión criminal

Con las limitaciones relativas a la información disponible identificada en el proceso de levantamiento de la información, a partir de la observación del funcionamiento del sistema de control, especialmente respecto de los resultados del proceso de juzgamiento de los casos de investigación de la Comisión de Control Cívico de la Corrupción, que pueden observarse en el Apéndice N° 3, se seleccionan como factores que pueden influir en la probabilidad subjetiva de sanción, los relativos a los procesos de detección, juzgamiento y sanción de actos de corrupción, desde los cuales el Estado puede evaluar los incentivos que se incorporan al sistema de disuasión, su incidencia en el beneficio esperado de los agentes que intervienen en el juego y por tanto en su función de utilidad individual.

A partir de los datos obtenidos respecto del caso de estudio, en el período 1998 - 2014, el análisis de los instrumentos se realiza a partir de los tres momentos del control seleccionados: detección, juzgamiento y sanción; dentro de los cuales se selecciona el análisis de los instrumentos que se consideran de mayor impacto para la composición de la probabilidad subjetiva de sanción en el caso de estudio, sin perjuicio de que en la realidad confluyen más de un tipo de instrumento de política, conforme se puede observar del cuadro de relaciones entre los instrumentos de diseño institucional, política social y criminal con las diferentes etapas del control, conforme se observa del siguiente cuadro explicativo:

Tabla N° 5 Relación entre etapas de control anticorrupción y ámbitos de política

Etapas/ Instrumentos	Diseño Institucional	Política criminal		Política social	
		Magnitud de la Pena	Instrumentos juzgamiento y sanción	Instrumentos de control social	Instrumentos transparencia y acceso información
Detección	X		X	X	X
Juzgamiento	X	X	X	X	X
Sanción	X	X	X	X	X

Fuente: Elaboración propia acorde al proceso de análisis e investigación de la presente memoria.

3.1.1.1. Proceso de detección

El primer eslabón del control se evidencia en las posibilidades que genera el sistema, para el conocimiento de posibles actos de corrupción, etapa donde las fuentes de información pueden ser muy diversas y su denuncia se relaciona básicamente con los incentivos y garantías que otorga el sistema, para que las personas ejerzan el derecho y deber de la denuncia.

La denuncia y los mecanismos que garantizan su presentación, se relacionan directamente con la calidad en la que los ciudadanos llegan a conocer del posible acto de corrupción, en este sentido existen márgenes de diferencia entre los incentivos que se pueden otorgar a los servidores públicos, privados, ciudadanos, miembros de organizaciones sociales, entre otros, dadas las diferencias posibles en cuanto a la composición de sus preferencias y función de utilidad individual y la necesidad de que el Estado pueda brindar una protección efectiva a los denunciantes.

El comportamiento de la actividad de denuncia en un país, se relaciona directamente con el factor confianza, tanto institucional como interpersonal. La presencia de cohesión social, corrupción y democracia, se relaciona con los cambios sociales y políticos; por lo que se investigan los valores y cambios culturales en las sociedades a nivel mundial, donde se

resalta la confianza interpersonal como valor social, ámbito de estudio que ha sido desarrollado a partir de la Asociación para la encuesta mundial de valores “The World Values Survey Association”.

En la fase de detección se resaltan los factores relativos al diseño institucional a partir de los procesos de denuncia ciudadana e investigación extrajudicial de actos de corrupción; por lo que se analizan las cifras de denuncia e investigaciones de los órganos de composición ciudadana; y las actividades control ejercidas por parte la Contraloría General del Estado como órgano especializado de control externo de la administración pública.

3.1.1.1.1. Denuncia ciudadana de actos de corrupción

La funcionalidad de las instancias especializadas de control anticorrupción en el Ecuador, han adoptado con diferentes matices, mecanismos de relación con la ciudadanía, tanto para su designación, como para la recepción de denuncias y la investigación de actos de corrupción, en una fase previa al inicio de procedimientos penales.

Esta actividad si bien, en términos estadísticos es inferior a la capacidad de control que puede tener el organismo de control administrativo externo del Estado,¹⁷⁴ es una instancia que puede cumplir otras funcionalidades en el sistema de control, tales como: (1) canalizar el acercamiento de denunciantes ciudadanos y la posibilidad de investigar posibles actos de corrupción, de manera previa a la intervención judicial; (2) la presencia de organismos especializados anticorrupción de carácter independiente, brindan un conjunto de señales a los agentes, sobre las probabilidades del control. Las funcionalidades descritas, bajo determinadas condiciones, tales como independencia, celeridad y protección a los

¹⁷⁴ La variación de la denuncia ciudadana de actos de corrupción en el Ecuador se relaciona con el proceso de detección, cuya relevancia se considera únicamente para el análisis cualitativo de la información, dado que la cantidad de denuncias no se considera estadísticamente significativa.

denunciantes, se considera que pueden incrementar la probabilidad de detección de posibles actos de corrupción.

Conforme se señaló en el Capítulo II, durante el período 1998 - 2008, el Ecuador incorpora en su diseño institucional la existencia de organismos de composición ciudadana: la Comisión de Control Cívico de la Corrupción, vigente durante el período constitucional de 1998 y el Consejo de Participación Ciudadana y Control y Social, vigente durante el período constitucional del 2008.

De la revisión de los datos, durante los dos períodos constitucionales se observan resultados comparables, sobre el funcionamiento de los organismos de composición ciudadana, los cuales tienen competencia para promover y receptar denuncias de la ciudadanía, con el fin de canalizar su proceso de investigación, juzgamiento y sanción.

Tabla N° 6 Denuncia ciudadana de actos de corrupción

Organismo	Número acciones de control
Comisión de Control Cívico de la Corrupción (1998 – 2008)	Denuncias 5430 462 Casos con indicios de responsabilidad remitidos a la Fiscalía General del Estado
Consejo de Participación Ciudadana y Control Social (2010 - 2015, fin período Administración)	Denuncias 558 77 Casos remitidos a la Fiscalía General del Estado.

Fuente: Informes institucionales CCCC y CPCCS. Elaboración propia.

El comportamiento de la denuncia ciudadana y los casos remitidos a la Fiscalía General del Estado en los dos organismos especializados, se refiere a un período de duración de aproximadamente 10 y 6 años, en el caso de la CCCC y el CPCCS respectivamente,

resultados que una vez ponderados, reflejan en el caso de la denuncia ciudadana, una reducción de aproximadamente el 83% en el período del CPCCS.

Entre las posibles hipótesis explicativas de las cifras existentes, conforme se discutió en el Capítulo II, es que el peso en el desarrollo de actividades de los dos organismos, dado que la CCCC, se orienta en mayor grado a sus objetivos de creación, a partir de la investigación de actos de corrupción; lo que en un modelo de agencia implica una alineación de la acción de la CCCC –agente- con las demandas ciudadanas de control –principal-, en un período crítico en lo social, político y económico; y, un cierto distanciamiento de la influencia del poder político, conforme se evidencia en el caso de estudio denominado “Pipones en el Congreso Nacional”, donde se denuncia al Presidente interino de la República, Dr. Fabián Alarcón, quien creó el organismo denunciante mediante Decreto Ejecutivo, unos meses antes; orientación institucional que también se puede observar en otros casos emblemáticos denunciados por la Comisión, los que constan en el Apéndice N° 6.

En el caso del Consejo de Participación Ciudadana, durante el período 2010 - 2015, relativo a sus 6 primeros años de gestión, las cifras reflejan una orientación distinta respecto de la denuncia ciudadana y la investigación de actos de corrupción, que se expresa en una reducción drástica de la presentación de denuncias e investigación de casos, que bordea el 80% menos, situación que se produce a pesar de que el diseño institucional del nuevo organismo, tiene competencias fortalecidas respecto del juzgamiento de casos de corrupción, a través de la competencia para comparecer en juicio, en los casos que investiga.

Estos resultados pueden reflejar una mayor alineación de la acción del CPCCS al poder político vigente en el período, cuyo objetivo a partir de la promulgación de la Constitución de 2008, es la implementación de la nueva estructura propuesta por la norma constitucional, donde el CPCCS cumple el rol de organizar los procesos de designación de las

principales autoridades públicas, actividad que capta el mayor nivel de gestión de la Entidad, conforme se observa del Apéndice N° 9.

Esta diferencia en la orientación de los objetivos institucionales y su alineación con las demandas sociales o el poder político, constituye un conjunto de señales que es percibida por la población y se refleja en una reducción de la denuncia ciudadana de actos de corrupción.

3.1.1.1.2. Determinación de responsabilidades por la Contraloría General del Estado

La Contraloría General del Estado como organismo de control externo del Estado constituye el principal organismo autónomo de control de la Administración Pública, con competencia para la determinación y ejecución de responsabilidades, en materia administrativa, civil y penal.¹⁷⁵

De los datos, se observa que la capacidad de control de la Contraloría General del Estado es superior respecto de los organismos especializados, conforme se observa en el Apéndice N° 12, donde se pueden observar las cifras relativas a las acciones de control ejecutadas en el período 2008 - 2012 y los indicios de responsabilidades administrativas, civiles y penales determinados en el mismo período. Cabe señalar, que existe un proceso para que exista un informe definitivo de determinación de responsabilidades de cualquier tipo, el que requiere la ejecución de un proceso de auditoría o examen especial, para luego continuar con un proceso de aprobación de los informes, a partir de un informe borrador, al que se da

¹⁷⁵ Se asume como un ámbito de estudio a la responsabilidad civil, teniendo en cuenta que la misma permite identificar con claridad, los costos económicos que tendría que asumir el funcionario, en caso de una infracción que afecte recursos públicos, se pueda considerar o no un acto de corrupción en materia penal, razón por la cual, el régimen de responsabilidad civil genera un factor económico de ejecución coactiva, con un elevado efecto disuasorio. El desarrollo de la investigación en el ámbito civil, se elige además con el fin de desmitificar el peso disuasorio de la aplicación de las sanciones penales y el importante papel preventivo y compensatorio que puede desempeñar un eficiente control administrativo de la administración pública.

lectura en presencia de los involucrados, quienes pueden presentar información de descargo antes de que se emita el informe definitivo.

Teniendo en cuenta la competencia múltiple de la Contraloría General del Estado, el rol de su gestión resulta relevante en el proceso de detección de posibles actos ilegales en la gestión de recursos públicos, lo que incluye posibles actos de corrupción. Por esta razón se considera que la gestión de control de este organismo es fundamental para disuadir el cometimiento de posibles actos irregulares, pues el ejercicio de sus competencias de control lleva implícita la posibilidad de aplicación de una sanción sea de carácter administrativo, civil o penal.

Adicionalmente, la competencia en la determinación de las sanciones administrativas y civiles, implica un costo económico y su posibilidad de cobro coactivo, actividad que puede tener un peso disuasorio importante respecto del cometimiento de actos ilegales, en caso de una probabilidad de sanción adecuada sobre la aplicación de estas sanciones por parte de la Contraloría General del Estado. Al respecto cabe señalar, que una de las debilidades de la gestión institucional de control administrativo es el tiempo de duración de los procesos de control desde su inicio hasta la aprobación de los informes correspondientes; así como también del posterior proceso de cobro de responsabilidades, por el diseño y funcionamiento de los mecanismos de impugnación administrativa y judicial, situación que resta capacidad disuasoria a esta actividad de control.

3.1.1.2. Proceso de juzgamiento y sanción

3.1.1.2.1. Resultados del juzgamiento de delitos de corrupción pública

Los datos relativos al proceso de juzgamiento de los delitos de cohecho, concusión, peculado y enriquecimiento ilícito, se obtienen a partir de la información proporcionada oficialmente por el Estado Ecuatoriano, para el Informe de evaluación del proceso de implementación de la Convención Interamericana contra la Corrupción, CIC, durante el período 2009 - 2012.

Los delitos de cohecho y concusión se refieren a conductas de difícil prueba procesal, que para su denuncia requieren que exista un desacuerdo o ruptura en el acuerdo de cooperación en corrupción entre los agentes público y privado, lo que hace que estas conductas a pesar de que en muchas ocasiones son denunciadas, obtienen bajos niveles de sanción.

Tabla N° 7 Resultados juzgamiento delito de cohecho					
ETAPA PROCESAL	2009	2010	2011	2012	TOTAL
INDAGACIÓN PREVIA	111	70	118	89	388
INSTRUCCIÓN FISCAL	26	25	23	25	99
SENTENCIAS CONDENATORIAS	2	3	4	3	12

Fuente: Informe del Ecuador, dentro de la Cuarta Ronda de Análisis del MESICIC, 2013.¹⁷⁶

De los datos se observa que el número de investigaciones sobre casos de cohecho que inicia la Fiscalía General del Estado va disminuyendo en las diferentes etapas del proceso hasta que se dicta la sentencia, lo que se desprende de los

¹⁷⁶ El informe de evaluación del proceso de implementación de la Convención Interamericana contra la Corrupción, CIC por parte del Ecuador, incluye una evaluación pormenorizada de los diferentes ámbitos de control anticorrupción y brinda datos recogidos oficialmente a nivel nacional.

resultados acumulados del período: indagaciones previas 388, instrucciones fiscales 99 y sentencias condenatorias 12.

Los datos sobre el juzgamiento del delito de concusión, reflejan una tendencia similar al cohecho, en cuanto al reducido número de sentencias condenatorias existentes, durante el mismo período.

Tabla N° 8 Resultados juzgamiento delito de concusión					
ETAPA PROCESAL	2009	2010	2011	2012	TOTAL
INDAGACIÓN PREVIA	53	71	101	118	343
INSTRUCCIÓN FISCAL	11	15	13	13	52
SENTENCIAS CONDENATORIAS	3	3	6	4	16

Fuente: Informe del Ecuador, dentro de la Cuarta Ronda de Análisis del MESICIC, 2013

En el caso del peculado, los resultados acumulados del período 2009 - 2012, reflejan una mayor cantidad de casos procesados, con un total de: 1841 indagaciones previas, 450 instrucciones fiscales y 152 sentencias condenatorias.

Tabla N° 9 Resultados juzgamiento delito de peculado					
ETAPA PROCESAL	2009	2010	2011	2012	TOTAL
INDAGACIÓN PREVIA	586	492	352	411	1841
INSTRUCCIÓN FISCAL	177	130	78	65	450
SENTENCIAS CONDENATORIAS	26	47	30	49	152

Fuente: Informe del Ecuador, dentro de la Cuarta Ronda de Análisis del MESICIC, 2013

Y finalmente, respecto del juzgamiento de la figura penal del enriquecimiento ilícito, se observa un número tan ínfimo de sentencias existentes, que se plantean las siguientes hipótesis explicativas: un problema de configuración de la figura jurídica en el tipo penal, problemas en el proceso de juzgamiento, sea relativos a la interpretación de los jueces, así como limitaciones procesales en su proceso de

enjuiciamiento; o por *abuso de la figura jurídica* por un inicio indiscriminado de procesos de juzgamiento que carecen de fundamentos de hecho y de derecho.

Tabla N° 10 Resultados juzgamiento delito de enriquecimiento ilícito					
ETAPA PROCESAL	2009	2010	2011	2012	TOTAL
INDAGACIÓN PREVIA	65	75	34	26	200
INSTRUCCIÓN FISCAL	19	1	4	5	29
SENTENCIAS CONDENATORIAS	0	0	1	0	1

Fuente: Informe del Ecuador, dentro de la Cuarta Ronda de Análisis del MESICIC, 2013

A partir de los resultados de la variación de la probabilidad de sanción, para la composición de la variable sanción (f), del modelo teórico de disuasión criminal de Becker, se eligen los datos sobre los delitos de cohecho y peculado, teniendo en cuenta que su proceso de juzgamiento tiene una mayor relevancia numérica y permite observar el comportamiento a partir de variaciones en la probabilidad.

3.1.1.2.2. Revisión de sentencias de delitos de peculado

En el proceso de investigación se identificaron sentencias sobre casos de corrupción resueltas por la Corte Nacional de Justicia, respecto del trámite del recurso extraordinario de derecho, denominado de “casación”, información que se ha tomado para el estudio, pues brinda información referencial sobre el juzgamiento del delito de peculado, la que se utiliza posteriormente para la aplicación del modelo de disuasión criminal.

En el periodo global 1998 - 20014 se identificaron inicialmente un total de 148 casos relativos a procesos penales por delitos de peculado sentenciados en casación. Conforme a la clasificación de los periodos constitucionales señalada por esta

investigación, se clasificó el análisis a partir de los periodos constitucionales de 1998 y 2008, donde el segundo período se contabilizó a partir del año 2009, dado que la Constitución entró en vigencia en el último trimestre del año, el 20 de octubre de 2008; y, respecto del fin del período se señaló el año 2014 como fecha de corte para la búsqueda de la información.

De los 148 casos se ubicaron un total de 102 casos sentenciados en el primer periodo 1998 y un total de 46 casos sentenciados el período 2008, de los cuales se eliminaron ciertos casos que no contenían información completa o que fueron identificados por su denominación, pero que en cuanto a su contenido no se referían al juzgamiento de delitos de peculado, a partir de lo cual el universo de análisis se redujo a un total de 138 casos sentenciados.

Para el análisis de los casos se recabó información de las siguientes variables: tiempo de duración del proceso penal (meses), si el enjuiciado es un agente público o privado, o las dos alternativas, si la sentencia condena o absuelve al imputado, el tiempo de la pena privativa de libertad a la que se condena al procesado (meses), si existió en el caso un informe de determinación de responsabilidades de la Contraloría General del Estado, el monto del caso en dólares y el lugar del cometimiento del delito, con referencia a su ubicación cantonal.

Teniendo en cuenta que el conocimiento del recurso extraordinario de casación es de la instancia de mayor grado del sistema judicial, con competencia nacional, que para el período 1998 se denominó como Corte Suprema de Justicia y para el segundo período Corte Nacional de Justicia, la jurisdicción de procedencia del caso, de un universo de 132 sentencias, provienen de 17 provincias, de las 25 que presenta la división político . administrativa del Ecuador.

Los resultados del período 1998 - 2008, permiten ubicar 102 casos con sentencia, de los cuales no existen datos en todas las variables analizadas, conforme se va detallando en cada caso.

A efectos de determinar el *tiempo de duración de los procesos*, se tuvo como tiempo de inicio, la fecha del posible cometimiento del delito y como fecha de finalización la de la sentencia de casación. Sin embargo, dado que este recurso fundamenta su análisis en la aplicación del derecho al caso, se verificó que un gran número de casos no contaba con la información relativa al cometimiento de la infracción, por lo que únicamente en 28 casos se contó con información. A partir de lo expuesto, se señala que el tiempo de duración de los procesos penales sentenciados en recurso extraordinario de casación en el periodo 1998, de un total de 28 casos con datos, es un promedio de 6.66 años de duración por caso.

En cuanto a los *agentes implicados en el juzgamiento*, de 91 casos en los que se cuenta con información confiable, se ubicaron un total de 71 casos en los que se juzga únicamente a agentes o servidores públicos; y, un total de 16 casos en los que se juzga solo a agentes privados, los que se refieren a empleados del sector bancario y se relacionan con casos producidos en la crisis del sistema financiero nacional. Finalmente, únicamente en 4 casos se observa la implicación de el juzgamiento tanto de los agentes públicos como de los privados.

En cuanto al número de casos en los que se *condena o absuelve a los imputados*, de un total de 89 casos con datos, se encontraron 73 casos condenados, 12 absueltos y 4 casos en los que hubo una sentencia mixta, en los que existieron imputados que fueron condenados y otros que fueron absueltos.

En cuanto a la *duración de la pena privativa de libertad* dictada en sentencia, los valores se contabilizaron en meses, de un universo de 75 casos con datos, en los

que se identificó que el promedio de las condenas aplicadas es de 4 años 3 meses de privación de libertad.

En cuanto a los casos en los que existió un *informe de determinación de responsabilidades* de la Contraloría General del Estado, de 102 casos con sentencia, en 66 existió informe de determinación de indicios de responsabilidad penal.

Para la determinación del *monto del caso*, se utilizó como criterio la identificación del monto del posible perjuicio económico causado, más la información sobre este aspecto fue limitada, por la naturaleza del recurso, motivo por el cual, de 27 casos con resultados, a partir de la observación de distribución de valores, se extrajo del cálculo del promedio un caso, dado que su valor generaba distorsión en la relación de los datos, por ser excesivamente elevado, con un monto de 3'801.645 de dólares, dado que se refiere a un caso de fraude al sistema financiero nacional; en virtud de lo cual se obtuvo el promedio a partir de 26 casos, que nos da un promedio del monto del caso de 9.676,98 dólares de los Estados Unidos de Norteamérica.

Cabe señalar que en este periodo se produjo el proceso de dolarización del país, por lo que los valores que constaban en sucres, fueron convertidos a dólares conforme el último tipo de cambio vigente antes del cambio de sistema monetario, situación que puede justificar el bajo valor del monto de los casos juzgados. Sin embargo, más allá de esta posible explicación, el valor promedio del costo del caso puede dar señales sobre un posible costo elevado del juzgamiento de casos, en relación con el nivel del daño causado, lo que puede relacionarse también con los problemas de racionalidad de la norma penal de peculado para el período 1998, que fueron analizados en el Capítulo II.

En el período 2009 - 2014, se ubicaron 46 casos sentenciados, en las cuales no existe información completa y representativa estadísticamente, por lo que se descartó el uso de dicha información para efectos de la aplicación del modelo.¹⁷⁷

De los datos revisados, se observa que existen eventos relacionados a la probabilidad de sanción, entre los que se resaltan: (1) un número reducido de casos en los que se juzga conjuntamente a los agentes públicos y privados, por el cometimiento del delito; (2) la presencia de regulaciones que limitan el juzgamiento de actos de corrupción, a partir de la exigibilidad para el inicio del proceso judicial por el delito de peculado, del informe de determinación de responsabilidades de la Contraloría General del Estado; y, (3) la inclinación de los jueces para la aplicación de la pena menor (4 años), dentro del rango de posibilidades vigentes en el período 1998 (de 4 a 8 años).

¹⁷⁷ En el período 2009 - 2014, se ubicaron 46 casos sentenciados, de los cuales se observan los siguientes resultados: Respecto del *tiempo de duración de los procesos*, de un universo de 46 sentencias, se contó con información únicamente en dos casos. Los 2 casos con datos reflejan la siguiente información: (1) sentencia condenatoria dictada el 05 de febrero de 2009, de la jurisdicción de Pichincha, con un monto de perjuicio por un valor de 764.000 dólares americanos, una condena de 8 años de pena privativa de la libertad de uno de los imputados y la absolución de otros 2 implicados, con una duración del proceso de 7 años aproximadamente; (2) sentencia absolutoria dictada el 09 de febrero de 2009, de la jurisdicción del Azuay, con un monto de perjuicio por un valor de 20 dólares americanos y una duración del proceso de 9 años aproximadamente.

En cuanto a los *agentes implicados en el juzgamiento*, de un total de 24 casos con datos, se han encontrado 17 casos en los que se juzga únicamente a agentes o servidores públicos; y, un total de 6 casos en los que se juzga solo a agentes privados, sin que se observen casos en los que se impliquen conjuntamente a agentes públicos como de los privados.

En cuanto al número de casos en los que se *condena o absuelve a los imputados*, de un total de 35 casos con datos, se encontraron 21 casos condenados, 12 absueltos y 2 casos en los que hubo una sentencia mixta, en los que existieron imputados que fueron condenados y otros que fueron absueltos.

En cuanto a la *duración de la pena privativa de libertad* dictada en sentencia, los valores se contabilizaron en meses, de un universo de 24 casos con datos, en los que se identificó que el promedio de las condenas aplicadas es de 5 años 9 meses de privación de libertad.

En cuanto a los casos en los que existió un *informe de determinación de responsabilidades* de la Contraloría General del Estado, de 46 casos con sentencia, en 25 existió informe de determinación de indicios de responsabilidad penal y en 2 casos se alegó como argumento de defensa por parte de los imputados, la ausencia de dicho informe.

Para la determinación del *monto del caso*, de 18 casos con resultados, a partir de la observación de distribución de valores, para evitar la distorsión del promedio, se extrajo un caso del cálculo, por tener un valor elevado alejado de la media, por un monto de 764704,09 dólares; en virtud de lo cual se obtuvo el promedio a partir de 17 casos, que nos da un total del monto del caso de 17630,85 dólares de los Estados Unidos de Norteamérica.

Sobre la *ausencia en el juzgamiento de agentes privados*, este resultado se puede relacionar con la aplicación de la norma constitucional que establece por primera vez la imprescriptibilidad y el juzgamiento en ausencia, en igualdad de condiciones para agentes públicos y privados, que en la práctica no se observa en los casos analizados, dado que en los procesos de juzgamiento se implica principalmente a los agentes públicos. Cabe señalar, que el juzgamiento de privados que se registra en la muestra corresponde básicamente a casos relativos a entidades del sistema financiero nacional, por tanto los agentes son empleados u accionistas bancarios.¹⁷⁸

Respecto del tema, si bien la Constitución establece iguales sanciones a los particulares que participen en los delitos de cohecho, concusión y enriquecimiento ilícito, el procesamiento de casos de la muestra no refleja la aplicación de la norma, lo que puede encontrar como posible hipótesis explicativa, que es el funcionario público el que afronta el proceso y concentra finalmente el costo del juzgamiento y la sanción, lo que puede significar un posible acuerdo cooperativo entre agentes públicos y privados, donde el funcionario público concentra el riesgo de la sanción, a cambio de pagos superiores en la negociación de los acuerdos.

En cuanto a la presencia de *regulaciones que limitan el juzgamiento* de actos de corrupción, conforme se señaló en el Capítulo II, se observa durante el periodo constitucional 2008, la creación de instrumentos de política que constituyen barreras al inicio del proceso de juzgamiento en los delitos de peculado y enriquecimiento ilícito.¹⁷⁹

¹⁷⁸ Cabe señalar, que a partir del 13 de mayo de 1999, los funcionarios de los bancos pueden ser juzgados por los delitos del 257 del Código Penal, reforma que genera la presencia de agentes privados en la muestra de sentencias analizadas.

¹⁷⁹ Cabe señalar que existen diferencias de análisis respecto de la aplicación de la misma medida, según se trate del delito de enriquecimiento ilícito o de peculado, en virtud de existir diferencia en cuanto a naturaleza jurídica de estos dos tipos de delitos, dado que el delito de enriquecimiento ilícito constituye un delito de carácter subsidiario.

Esta medida se instrumenta inicialmente mediante la Resolución de la Corte Nacional de Justicia, de 24 de febrero de 2010, que estableció la necesidad de la práctica de una auditoría gubernamental por parte de la Contraloría General del Estado y el correspondiente informe con indicios de responsabilidad penal, para el inicio de la instrucción fiscal, situación que fue observada por el Comité de Expertos del Mecanismo de Seguimiento de la Convención Interamericana contra la Corrupción, MESICIC, instancia que recomendó el análisis de su pertinencia.

Algunas hipótesis explicativas posibles sobre la creación de este tipo de limitaciones por parte del principal órgano de la Administración de Justicia, se refieren a un posible activismo en el inicio de procesos penales sobre delitos de peculado, originados en la presencia de problemas en la racionalidad de la norma y su excesiva apertura, situación que puede generar incentivos para la *instrumentalización de los procesos de juzgamiento* de actos de corrupción por parte de los agentes políticos, como mecanismo de oposición y desprestigio. La consecuencia de este posible activismo judicial en el caso del delito de peculado puede haber influido en el inicio de casos no sustentados, motivo en el que sustenta la Corte la referida Resolución en su parte considerativa.

En esta concordancia, se produce el consecuente aumento del nivel de actividad de la Administración de Justicia, situación que puede alejar al funcionamiento del sistema de control, de su nivel óptimo de funcionamiento, sin contribuir al control de la corrupción pública.

Y posteriormente, a partir de 2014, mediante el artículo 581 del Código Orgánico Integral Penal, se eleva a nivel legal dicho pronunciamiento; y, se le da al informe de la Contraloría General del Estado, la categoría de *requisito de procedibilidad* para el ejercicio de la acción penal.

Respecto a la presencia de este requisito, cabe destacar *a priori* la importancia de que el conocimiento del delito pueda contar con varias fuentes para su conocimiento e inicio del proceso de juzgamiento, por lo que se cuestiona en el caso de estudio, la creación de normas interpretativas y legales, que restringen las posibilidades de investigación de posibles actos de corrupción pública por parte del Ministerio Público, a través de requisitos de previos para el inicio del proceso de juzgamiento, basados en la acción de órganos administrativos de control; sin generar medidas que resuelvan el problema técnico real, que es el diseño de la norma penal, lo que genera un círculo vicioso de desprotección del bien jurídico que se pretende resguardar a través de la norma penal.

Adicionalmente, cabe anotar que la presencia de requisitos de procedibilidad por una parte restringe y neutraliza la competencia esencial de investigación de la Fiscalía General del Estado y los órganos auxiliares de la Administración de Justicia; y, por otra, restringe las posibilidades de juzgamiento, al pronunciamiento de un órgano general de control administrativo, que a partir de las nociones básicas de economía podemos afirmar tiene una capacidad institucional limitada de respuesta, que se condiciona al ejercicio de sus competencias generales y a la asignación de recursos para su administración; factores que en su conjunto generan como efecto la reducción de la probabilidad de juzgamiento y sanción, situación que produce el efecto del *descuento del futuro*, ya que genera que los agentes valoren más el beneficio presente y minimicen la valoración de la amenaza disuasoria de la pena.

Se evidencia por tanto, que la excesiva rigurosidad de la norma, frente a lo indeterminado de las posibles actuaciones ilícitas que originan el régimen de responsabilidad penal, estaría ocasionando el efecto inverso al que persigue, pues tal estructura genera incentivos para su evasión por parte de los agentes y una excesiva

apertura frente a los operadores de justicia, situación que crea condiciones para que se evada la aplicación del régimen penal, por niveles de sanción técnicamente inadecuados, con la consecuente ineficacia en la protección del bien jurídico protegido.

Sobre la *aplicación de sanciones*, se observa que la interpretación judicial de la norma relativa al delito de peculado contenida en el artículo 257 del Código Penal, respecto del rango de la pena privativa de libertad, que tipifica el delito de peculado, se establece una tendencia a la aplicación de la pena menor, esto es cuatro a ocho años, forma de aplicación que puede tener relación con los problemas de racionalidad en la formulación de la norma citados en el Capítulo II.

En cuanto a la relación entre la racionalidad de la norma y el nivel de daño “harm” que causa el delito y el costo de su juzgamiento, a partir de los casos de estudio, constantes en el Apéndice N° 11, se observa ejemplificativamente, la aplicación de una igual sanción (8 años de pena privativa de libertad) en uno de los casos más grandes de “*fraude al sistema financiero*” nacional en el Ecuador, relativo al Caso Banco del Progreso, en contra de Fernando Aspiazu Seminario, Gerente y propietario de la referida entidad bancaria, después de 6 años de proceso judicial; y, en el caso de la “*disposición arbitraria de un balde de volqueta*” avaluado en USD800 dólares americanos, por parte de un funcionario del Ministerio de Obras Públicas, después de más de ocho años de juicio.

Lo escandaloso de los casos de estudio citados permite evidenciar los problemas de racionalidad que puede presentar una norma penal y como esta circunstancia puede volver ineficaz el control que pretende e inclusive generar incentivos negativos a su proceso de aplicación por parte de los operadores del sistema judicial e incentivos a la evasión del sistema de juzgamiento y sanción, tanto

por motivos de racionalidad práctica, como por criterios básicos de justicia y proporcionalidad.

Se evidencia por tanto, que la excesiva rigurosidad de la norma, frente a lo indeterminado de las posibles actuaciones ilícitas que originan el régimen de responsabilidad penal, pueden generar un efecto inverso al que persiguen, pues tal estructura genera incentivos para su evasión por parte de los agentes y una excesiva apertura frente a los operadores de justicia, situación que crea condiciones para que se evada la aplicación del régimen penal, como consecuencia de niveles de sanción técnicamente inadecuados, con la consecuente afectación del bien jurídico protegido a través de la norma penal.

En esta línea, las estrategias de control del Estado requieren estar dirigidas a los procesos de detección, juzgamiento y control de actos de corrupción, por su relación con la conformación de la probabilidad subjetiva de sanción; de esta manera, aunque al momento de la investigación existen límites sobre la posibilidad de cuantificar los datos, se observa la necesidad de observar los instrumentos que puedan reducir probabilidad de que los actos de corrupción se detecten, juzguen y condenen.

3.2. Disuasión criminal y comportamiento estratégico

Partiendo del tipo de interacción de los agentes en corrupción, respecto al concepto de “juego” se destaca la visión planteada por J. Harsanyi (1986), quien pone mayor énfasis en la búsqueda de los intereses propios de los agentes y no tanto en la existencia del conflicto entre los intereses de los mismos,¹⁸⁰ por lo que tiene una mayor coincidencia con criterios de maximización de utilidad y de racionalidad

¹⁸⁰ Autores como Hammerstein (1983, p. 378,) y R. Luce y H. Raiffa, plantean la definición a partir de un conflicto de intereses entre los agentes, *Games and Decisions* (cap. 1), Op. Cit., p. 9

práctica individual y cooperativa en la decisión de obtener beneficios mediante actos de corrupción.

Harsanyi, señala la dependencia del resultado en función de la interacción mutua de dos o más jugadores: “[...] game situations (situations of strategic interdependence), in which the outcome depends on mutual interaction between two or more individuals, each of them pursuing his own interests [...]” por contraposición a “situations of individual independence (certainty, risk, und uncertainty), in which the outcome depends on the actions of only one individual (and possible on chance).”¹⁸¹

Se analizan por tanto situaciones en las que al menos dos individuos racionales denominados “agentes” proceden a tomar decisiones, con la particularidad de que las consecuencias son producto de todas las acciones, y no de las de un solo agente. A partir de esta condición, cada agente intenta que los resultados le sean lo más favorables posibles. Por tanto la ganancia consiste en alcanzar estos resultados preferidos.¹⁸²

La teoría de la elección racional es la base del razonamiento aplicable al modelo económico de disuasión criminal de Becker, por lo que se sugiere que durante la negociación, las expectativas subjetivas respecto de los beneficios de incurrir en un comportamiento ilícito, pueden converger y generar comportamientos cooperativos, originados por el optimismo de los agentes sobre las posibilidades de obtener un

¹⁸¹ Ariel, Del Río de Angelis, Juegos Evolutivos y Conducta Moral: Un análisis mediante simulaciones informáticas del surgimiento y justificabilidad de conductas no maximizadoras en contextos estratégicos, Memoria para optar al grado de Doctor, Universidad Complutense de Madrid, Facultad de Filosofía, Departamento de Filosofía del Derecho, Moral y Política II, 2007, p. 10.

¹⁸² Por esta consideración la teoría de juegos puede considerarse un caso particular de la teoría de la decisión, siendo esta relativa a decisiones individuales y sustentada en el supuesto de la racionalidad individual, interpretada como la obtención de los intereses propios.

beneficio ilícito sin sanción, optimismo que puede encontrarse incentivado por condiciones de orden institucional, social¹⁸³ o relativas a la naturaleza de los agentes.

El estudio orienta el análisis de los incentivos generados desde los factores institucionales relacionados con el sistema de control criminal, a través del modelo de Becker, aplicado a los resultados obtenidos sobre el funcionamiento del sistema de control anticorrupción en el Ecuador.

3.2.1. Modelo de disuasión de la corrupción pública

El *modelo* parte de la delimitación del entorno del juego: jugadores, estrategias y pagos. Los valores del juego se determinan a partir de datos generales y del sistema de control del Ecuador.

El análisis utiliza los casos de cohecho y peculado, cuyas variables se obtienen a partir de las siguientes consideraciones:

- Sobre el nivel de utilidad: (1) para el caso de acuerdos considerados como de un *mayor margen de utilidad*, el modelo se estructura a partir de los valores relacionados con el *delito de peculado*; y, (2) para el caso de acuerdos con un *nivel de utilidad promedio*, se tienen en cuenta los valores del *delito de cohecho*.
- En cuanto a los valores posibles de la probabilidad de sanción p , se considera como una *probabilidad alta*, el valor relativo al juzgamiento del delito de peculado $p=0.082$; y, una probabilidad baja, el valor relativo al juzgamiento del delito de enriquecimiento ilícito $p=0.005$. El uso de estos valores, en el

¹⁸³ Se consideran factores de orden institucional p.e. a los niveles de impunidad, elemento que es atribuible al funcionamiento del Estado; y factores de orden social p.e. actos ilícitos socialmente aceptados. La investigación desarrolla el análisis de los factores de orden institucional.

modelo es indistinto del tipo de delito al que se refiera el análisis, por ello se pueden aplicar en cualquiera de los dos supuestos: *caso peculado y caso cohecho*.

- En todos los casos el supuesto es la interacción relativa a la prestación de servicios públicos de acceso universal, con el fin de concentrar el análisis en las estrategias de política criminal en la que se basa el modelo teórico de Becker.¹⁸⁴
- La aplicación del modelo teórico parte de considerar el ingreso y la pena relativos a una ofensa, como separados de otros ingresos,¹⁸⁵ de esta manera se descarta el análisis de la información sobre el ingreso inicial de los agentes,¹⁸⁶ elemento que no se relaciona con los objetivos de la investigación. En concordancia, para todos los casos, el cálculo del beneficio esperado Y , se realiza a partir de los valores relativos a los costos monetarios y no monetarios debidamente monetizados, de los beneficios y los costos de la actividad ilegal.

¹⁸⁴ Cabe señalar que las relaciones en corrupción se pueden configurar en el marco de la prestación de servicios públicos, donde su acceso es de carácter universal, como también, en el marco de relaciones contractuales, tales como la adjudicación de contratos públicos o contrataciones bajo cualquier modalidad, para la prestación de servicios a la Administración, por parte de particulares, supuestos en los cuales cambia la configuración de los incentivos del agente privado, pues su acceso deja de ser de carácter universal. Sin embargo, para simplificar el modelo y concentrar el análisis en las estrategias de política se elige el supuesto de la prestación de servicios públicos.

¹⁸⁵ Entre los autores que incluyen el análisis del ingreso, se encuentran Brown y Reynolds. Caso en el cual la función de utilidad se expresa así: $E[U] = PU(W - f) + (1 - P)U(W + g)$, donde W es el ingreso presente y g es la ganancia que le otorga el crimen. Aquí el crimen será cometido si la utilidad esperada es superior a la utilidad relativa al ingreso inicial, tomado de "Economics of Crime", p. 294.

¹⁸⁶ Entre otros autores cabe señalar que "Heineke [105] has presented a somewhat different type of model where the individual allocates his or her time (and not his or her wealth or income) between legal and illegal activities. The individual's income is assumed to be equal to the sum of three elements:

- (1) exogenous income;
- (2) the monetary and monetized benefits and costs of legal activities;
- (3) the monetary and monetized benefits and costs of illegal activities.

Monetization implicitly takes place if an individual, having to choose between actions involving non-monetary gains and losses, acts rationally according to certain axioms. If convicted, this income is reduced by a factor that represents the monetary and monetized costs of crime, tomado de "Economics of Crime", p. 296.

- Las estrategias viables para cada jugador se refieren a la obtención de la utilidad esperada $E[U]$ de cometer o no un acto de corrupción. La interacción estratégica de los agentes determina que la probabilidad de que exista un acuerdo (para cometer un acto de corrupción o realizar el trámite legalmente) es 1 para el caso de acuerdo y 0 en caso de falta de acuerdo, esto es que un agente desee cooperar en corrupción y el otro no.¹⁸⁷

Dado que el supuesto se refiere a la prestación de servicios públicos de acceso universal, la prestación del servicio se otorga en todos los casos, sea con un acuerdo de tipo legal o en un acuerdo en corrupción. Por ello se señala que la probabilidad de que se realice un trámite legal es 1 si existe acuerdo entre las partes y si no hay acuerdo, termina igualmente convirtiéndose en un “acuerdo de tipo legal”, debido a la obligatoriedad de la prestación del servicio por parte del agente público, ya que la posición del agente privado (J1), de no incurrir en corrupción, condiciona al agente público (J2) a optar como única vía por el comportamiento cooperativo en trámite legal y viceversa, vale recalcar que en esta decisión los dos agentes tienen información completa sobre la posición de la otra parte.

¹⁸⁷ En el caso de falta de acuerdo, esto es que uno de los jugadores elija la estrategia legal y el otro la estrategia hacia la corrupción, este comportamiento puede generar la posibilidad de que se denuncie la tentativa de cometer el acto ilícito por cualquiera de los agentes, encontrándose el agente público más vulnerable por su régimen de responsabilidad. Existen costes en el acuerdo para cometer un acto de corrupción pues eventualmente ninguna de las partes puede asegurar que el otro no denuncie el hecho, por lo que la posibilidad de atribuir responsabilidades en contra de los involucrados puede convertir a estos en rehenes, pues en este supuesto de no mantenerse el acuerdo podría existir denuncia.

**POSIBILIDADES DE ACUERDO LEGAL O EN CORRUPCIÓN EN LA
PRESTACIÓN DE SERVICIOS PÚBLICOS**

AGENTE PRIVADO JUGADOR 1	AGENTE PUBLICO – JUGADOR 2	
	CORRUPCIÓN	LEGAL
CORRUPCIÓN	(1,1) =1	(1,0)=0
LEGAL	(0, 1)=0	(1,1) =1

Conforme se señaló previamente, del cuadro anterior se desprende que en la relación (1,0) el jugador 1 desea realizar un acto de corrupción mientras que el jugador 2 no coopera, entonces la probabilidad de que exista un acto de corrupción es nula y viceversa en el caso de la relación (0,1). Por tanto, cuando esto ocurre la probabilidad de que exista el acto de corrupción es igual a 0.

Entorno del juego

Jugadores: Los particulares que interactúan con el ámbito público como receptores de servicios públicos (J1); y, los agentes de la burocracia o autoridades públicas (J2).

Estrategias.- (1) los jugadores podrán obtener el servicio cooperando legalmente o en corrupción; y, (2) los jugadores podrán obtener beneficios adicionales (Y), si deciden realizar actos de corrupción.

Pagos.- los pagos aplicables al juego se obtienen de la función de utilidad esperada planteada por Becker.¹⁸⁸ Estos valores provienen de la relación entre el valor de la satisfacción que genera el acto de corrupción para cada uno de los agentes

¹⁸⁸ $E[U] = pU(Y - f) + (1 - p)U(Y)$

Y_1, Y_2 , el costo de incurrir en corrupción de cada jugador f_1 y f_2 ¹⁸⁹ y la probabilidad subjetiva de utilidad PU .

Supuestos.- El juego se desarrolla partiendo de los siguientes supuestos.-

- La relación entre los agentes obedece a la prestación de servicios públicos de acceso universal, lo que excluye relaciones contractuales.¹⁹⁰
- En caso de ser descubiertos en el cometimiento de actos de corrupción, los agentes asumen el coste de la sanción determinada por el sistema de control.
- Los agentes en caso de acuerdo legal tienen un coste de sanción cero.
- Los agentes perciben niveles de satisfacción y costes diferenciados.
- En caso de no ser descubiertos los agentes que incurrir en corrupción reciben efectivamente la satisfacción Y .
- Neutralidad en la actitud ante el riesgo por parte de los agentes. Teniendo en cuenta que la aversión al riesgo influye en la probabilidad subjetiva de utilidad pU y por tanto en la utilidad esperada del modelo $E[U]$, para su mayor validez, se elige el supuesto de la neutralidad en la actitud ante el riesgo.

En este contexto, el análisis sobre la interacción de los agentes públicos y privados parte de su racionalidad, entendida como la maximización de su función de utilidad esperada, la neutralidad en la actitud ante el riesgo, la regla de la independencia en la asignación de costes, así como el comportamiento cooperativo de las partes.

Según la función de utilidad individual planteada en el modelo de disuasión de Becker, el análisis de los pagos se realiza partiendo de la siguiente ecuación:

¹⁸⁹ La sanción conforme el modelo de Becker se denomina “ F ” (fine).

¹⁹⁰ Respecto de la obtención del bienestar es recibida únicamente por el jugador 1, por ser el destinatario del servicio público, por tanto en caso de servicios públicos, estos pueden obtenerse con o sin corrupción. Sin embargo, en el caso de relaciones económicas contractuales, cuya barrera de acceso es un concurso, el interesado a pesar de acudir por la vía legal, no siempre va a tener la posibilidad de acceder al beneficio (Y) y por tanto Y_1 puede tener valor 0. El bienestar recibido del jugador 1 es mayor que el bienestar recibido por el jugador 2, en cada acuerdo, por lo que el incentivo del jugador 2 se relaciona con la cantidad de acuerdos en corrupción, pues a mayor cantidad se incrementa su beneficio, elemento explicativo que se deja anotado, pero que no es parte del análisis del modelo.

$$E[U] = pU(Y - f) + (1 - p)U(Y)$$

Donde $E[U]$ es la función de utilidad individual esperada, Y es el valor de la satisfacción que genera el acto de corrupción (con un equivalente monetario), pU es la probabilidad subjetiva de obtener satisfacción, y “ f ”¹⁹¹ es el equivalente monetario de la pena, conforme lo cual, el agente cometerá la ofensa si la expectativa de su utilidad es positiva y se abstendrá de hacerlo si es negativa o cero.

La investigación aplica los postulados teóricos del modelo de disuasión de Becker, respecto a la incidencia de la probabilidad de Utilidad pU , en la expectativa de utilidad esperada $E[U]$. Para efectos de cálculo matemático de la *probabilidad de utilidad* pU , el modelo utiliza la probabilidad de sanción pf ; pues de ocurrir un acuerdo entre los jugadores se contemplan dos opciones de ocurrencia: (1) que el resultado sea una utilidad pU ; y, (2) que la consecuencia sea una sanción pf . En este sentido, al ser la pU y la pf las dos únicas posibilidades de resultado bajo acuerdo de incurrir en actos de corrupción, tenemos que $1 = pU + pf$, y por tanto, la probabilidad subjetiva de utilidad pU equivale a “ $1 - pf$ ”.

$$pU = (1 - pf)$$

Donde la probabilidad subjetiva de utilidad pU equivale a $1 - pf$, donde pf es la probabilidad subjetiva de ser descubierto y sancionado, dado que el juego incluye el análisis respecto de la incidencia del sistema de control en la estructura de incentivos

¹⁹¹ La sanción s se encuentra determinada previamente por la Ley y su valor varía dependiendo del caso.

de los agentes, a través de la probabilidad de que se apliquen eficientemente las reglas de responsabilidad y los mecanismos de sanción.

Así tenemos que la probabilidad subjetiva de utilidad p_U está en función de la probabilidad subjetiva de sanción p_f , conforme se observa en la siguiente función de utilidad esperada.¹⁹²

FUNCION DE UTILIDAD ESPERADA JUGADORES

$E[U] = f(Y, p_f)$

UTILIDAD ESPERADA JUGADOR 1	UTILIDAD ESPERADA JUGADOR 2
$E[U]_1 = f(Y_1, p_f)$	$E[U]_2 = f(Y_2, p_f)$

DESCRIPCIÓN DE VARIABLES Y RESTRICCIONES

VARIABLES	J1	J2	RESTRICCIONES
Probabilidad Subjetiva de Sanción (p_f)	$p_{f1} > 0$	$p_{f2} > 0$	$p_{f1} = p_{f2}$
Satisfacción por Corrupción (Y)	$Y_1 \geq 0$	$Y_2 \geq 0$	Acuerdo Corrupción: $Y_1 \geq Y_2$ Acuerdo Legal: $Y_1 = Y_2 = 0$

DESCRIPCIÓN DE LA VARIABLE “f”

Sanción (f)	$f_1 \geq 0$	$f_2 \geq 0$	Acuerdo Corrupción: $f_1 < f_2$ Acuerdo Legal: $f_1 = f_2 = 0$
-----------------	--------------	--------------	---

¹⁹² A partir del modelo de Becker se obtiene la siguiente ecuación simplificada, donde se reflejan las relaciones directas e inversas entre las variables independientes y dependientes y la sanción “f”:
 $E[U] = Y - f \cdot p$

Probabilidad subjetiva de sanción (pf).- Se determina que el agente privado y el público reciben el máximo nivel de control, por tanto se identifica plenamente a los dos actores, $pf_1=pf_2$; y en el caso de corrupción en el sistema de control y juzgamiento la “pf” disminuye.

El cálculo de la “pf” referencial se realiza a partir de los datos oficiales del Ecuador, presentados por la Fiscalía General del Estado, sobre los resultados del proceso de juzgamiento de delitos de corrupción pública, en el período 2009 - 2012, valores que se utilizarán como alternativas de probabilidad de sanción, donde la p puede ser alta, media y baja.¹⁹³

Conforme consta en el apartado sobre las “Tendencias en el juzgamiento de actos de corrupción”, la Fiscalía General del Estado informó oficialmente sobre los resultados estadísticos del proceso de investigación y juzgamiento penal de casos por los delitos de peculado, cohecho, concusión y enriquecimiento ilícito, de los cuales se obtiene la probabilidad de sanción, conforme la siguiente fórmula:

$$pf_{it} = \frac{NSC}{NIP}$$

Donde pf_{it} es la probabilidad de sanción “f” para cada tipo de delito “i” (i=peculado, cohecho, concusión, enriquecimiento ilícito) en el periodo “t” (t = 2009-2012), en tanto que “ NSC_i ” es el *Nº Sentencias Condenatorias* por Delito y “ NIP_i ” es el *Nº Indagaciones Previas* iniciadas por la Fiscalía por delito, para el

¹⁹³ Los valores utilizados para la aplicación del modelo, se obtienen a partir de la información disponible del sistema de control en el Ecuador, que reúne los requisitos para el análisis, obtenida del Informe del Ecuador, aprobado en el año 2013, sobre el proceso de seguimiento y evaluación de la Implementación de la Convención Interamericana contra la Corrupción en el país, realizado dentro de la Cuarta Ronda de análisis de su mecanismo de seguimiento e implementación, MESICIC.

mismo periodo. A partir de la fórmula se obtienen probabilidades diferentes, según el tipo de delito conforme se detalla en el siguiente cuadro explicativo:

ALTERNATIVAS DE PROBABILIDAD DE SANCIÓN DEL MODELO

Delito	N° indagaciones previas “NIP”	N° Sentencias condenatorias “NSC”	pf_{it}	Nivel
Peculado	1841	152	0.082	Alto
Cohecho	343	16	0,046	Medio
Concusión	388	12	0,030	Medio
Enriquecimiento Ilícito	200	1	0,005	Bajo

Satisfacción que genera el acto de corrupción (Y).- Para el presente análisis la satisfacción que genera el acto de corrupción, se calcula en términos de la Cuantía de Corrupción o Soborno, por ser éste el costo máximo referencial que está dispuesto a pagar el agente privado para obtener el servicio ilícitamente, valor que se considera le deja un margen de bienestar o remanente monetario; siendo así que la cuantía de corrupción es inferior al margen de bienestar recibido ilícitamente.

Como se desprende del cuadro de variables y restricciones la satisfacción por corrupción del jugador 1 es mayor o igual que la del jugador 2 ($Y_1 \geq Y_2$) dado que su referente de relación es el valor de la cuantía de corrupción (CC), pues la satisfacción del jugador 1 para que constituya un incentivo, debería ser mayor a la cuantía de corrupción (CC) que es el valor que está dispuesto a pagarle al jugador 2; y, respecto del jugador 2, su satisfacción se refleja en el valor del soborno o cuantía de corrupción que recibe. Con el fin de simplificar el análisis y por la explicación

expuesta es posible que al cuantificar Y1, Y2 (satisfacción del acto de corrupción) los valores se equiparen, ya que su valor mínimo sería el asignado a la cuantía de corrupción (CC=Y).

El cálculo de la cuantía de corrupción (CC) se realiza a partir del promedio del valor de soborno en el caso del delito de cohecho. El modelo toma como valor de CC, el obtenido por la ENCBG formulada por Transparencia Internacional, dado que su resultado refleja el valor promedio de sobornos pagados por particulares respecto de la obtención de servicios públicos.¹⁹⁴ En el caso del delito de peculado, se asume como cuantía de la corrupción el valor relativo al monto el caso, obtenido de la revisión de sentencias para este tipo de casos, dado que el mismo representa el valor del monto del daño o perjuicio en los casos juzgados.

**CUANTÍA DE LA SATISFACCIÓN MÍNIMA QUE GENERA EL
ACTO DE CORRUPCIÓN PARA J1 y J2
(Cuantía de Corrupción CC)**

Cohecho	Peculado
177,70 USD ¹⁹⁵	9.677,00 USD ¹⁹⁶

Sanción (f).- Partiendo de las normas penales aplicables en los casos del delito de cohecho y peculado, los niveles de sanción son diferenciados en el caso de los jugadores 1 y 2, dado que la norma establece sanciones diferentes para el agente público y el privado, con una mayor gravedad de sanción para el funcionario público,

¹⁹⁴ Cabe señalar que en caso de no contar con dicha información final, es posible calcular la Cuantía de la Corrupción, a partir de diferenciar el Costo del Trámite más el porcentaje adicional del beneficio que recibe el particular, como consecuencia de obtener el servicio en condiciones más favorables. En cuanto al Costo del Trámite es el relativo a la obtención del servicio público legalmente y puede también ser 0, pues existen servicios públicos gratuitos. Cabe aclarar que la prestación del servicio público siempre tiene un coste, el mismo que está externalizado ya que es asumido por el Estado.

¹⁹⁵ Transparencia Internacional, Encuesta Nacional de Corrupción y Buen Gobierno del Ecuador, 2007. <http://www.encbg.org>

¹⁹⁶ Este dato se obtiene del promedio de valores observados en los casos juzgados por la Corte Nacional de Justicia, relativos al período constitucional 1998, conforme la base de datos propia, levantada con motivo de la investigación y que consta en el “Análisis de sentencias en el caso de delitos de peculado.”

por tanto $f_2 > f_1$; esta relación diferenciada se calculó a partir de las penas de los delitos de cohecho y peculado, para el período constitucional 1998,¹⁹⁷ que contienen la siguiente estructura de sanciones:

SANCIÓN POR TIPO DE DELITO EN EL PERIODO 1998		
Delito	Código Penal	Sanción
Cohecho	Artículo 285	6 meses a 3 años de prisión y multa de 8 a 16 USD ¹⁹⁸
Peculado	Artículo 257	4 a 8 años de prisión e incapacidad perpetua para el ejercicio de un cargo público

La fórmula para el cálculo del valor de sanción de cada jugador, se realiza a partir de las sanciones establecidas en el Código Penal ecuatoriano, más la cuantía de corrupción (CC), no contiene una valoración subjetiva de otras variables cualitativas dada la subjetividad de valorar numéricamente el costo que supone la pérdida de la libertad por cada uno de los agentes y preferencias individuales asociadas.¹⁹⁹

¹⁹⁷ Cabe señalar que de la revisión de las sentencias por los delitos de peculado, los procesos tramitados se refieren al tipo penal vigente en el período 1998.

¹⁹⁸ Por lo insignificante de la multa prevista, este valor no se considera para efecto del cálculo de la sanción.

¹⁹⁹ La fórmula para obtener la variable “F”, se planteó inicialmente como $vif = (\text{valor inicial de la sanción}) + Y$, que se integra por una ecuación de valores iniciales de sanción “vif” a la cual se le adiciona el valor de la cuantía de la corrupción CC, por ser el monto base que sirve de cálculo para el pago de indemnizaciones, en caso de sentencia condenatoria. Sin embargo, dado que no se cuenta con datos sobre los niveles de ejecución de responsabilidades indemnizatorias y que su aplicación dado el sistema judicial reviste cierto grado de complejidad, no se considera este valor, para el cálculo del modelo. Para llegar al valor del beneficio $CC=Y$, cabe diferenciar el Costo del Trámite del Costo de Corrupción. En cuanto al Costo del Trámite es el relativo a la obtención del servicio público legalmente y puede también ser 0, pues existen servicios públicos gratuitos. Cabe aclarar que la prestación del servicio público siempre tiene un coste, el mismo que está externalizado ya que es asumido por el Estado. Por otra parte, tenemos al Costo de Corrupción, que para efecto del modelo se compone por el Costo del trámite más un 10% equivalente al valor del soborno. En el caso de estudio se toma como valor final del Costo de Corrupción el valor obtenido por la ENCBG formulada por Transparencia Internacional, dado que su resultado refeja el valor promedio de pago de sobornos pagados por particulares respecto de la obtención de servicios públicos.

$$f = (\text{valor inicial de la sanción}) + CC$$

En este supuesto la sanción estaría compuesta por dos factores: el valor inicial de sanción “vif” que es un referente de cálculo del valor de la pérdida a futuro en caso de sentencia condenatoria, como consecuencia de la pena privativa de libertad, al que se adiciona el valor de la cuantía de la corrupción CC,²⁰⁰ por ser el monto base que sirve de cálculo para el pago de indemnizaciones, en caso de sentencia condenatoria, en la que proceda su pago, luego del proceso correspondiente. Sin embargo, para efectos de la aplicación del modelo, no se tiene en cuenta el valor de CC, dado que los procesos judiciales por indemnizaciones en el sistema ecuatoriano, tienen un bajo nivel de procesamiento y ejecución, de los cuales el país no ha informado en los procesos de examen realizados hasta la fecha.

Entonces el valor de la sanción f para el modelo se obtiene de la función que se señala a continuación, donde se eligió como valor de referencia, la remuneración que se deja de percibir, valor que se relaciona con el tiempo de prisión establecido en el Código Penal ecuatoriano, respecto de los *casos de cohecho y peculado*; y, el valor de remuneración estimada que deja de percibir el condenado. Así tenemos la siguiente ecuación de valor inicial de sanción:

$$f = (NP = N^{\circ} \text{ meses de prisión}) \times (W = \text{Valor remuneración estimada})^{201}$$

²⁰⁰ Se resalta que el modelo considera que $CC=Y$

²⁰¹ El valor de la remuneración se determina a partir del correspondiente al servidor público medio en la escala de cargos del sector público en el ámbito burocrático, que es el servidor público 1, con una remuneración de USD817, conforme la escala salarial de Ecuador al 2015. Otra alternativa más refinada de cálculo de la remuneración estimada que perdería el agente, es trayendo el

Según la información disponible, el valor inicial de la sanción se duplica para el jugador 2, teniendo en cuenta que la sanción del funcionario público tiene otros componentes que la hacen superior a la sanción del agente privado, entre ellas la prohibición perpetua para el desempeño de cargos públicos.

El cálculo de la sanción de los jugadores J1 y J2, en cada uno de los delitos, sería el siguiente:

Jugadores	Delito	Sanción (meses)	Cálculo valor inicial de la sanción f
J1	Peculado	96	$f=(96 \times 817)= 78432$
	Cohecho	36	$f=(36 \times 817)= 29412$
J2	Peculado	96	$f=(96 \times 817).2=156864$
	Cohecho	36	$f=(36 \times 817).2= 58824$

TABLA DE DATOS COHECHO

VARIABLES Y CONSTANTES	VALORES	
DENOMINACION	JUGADOR 1	JUGADOR 2
Probabilidad de sanción (pf)	0,046	0,046
Satisfacción por Corrupción (Y) ²⁰²	Y1=177,70	Y2=177,70
Sanción (f) ²⁰³	f1= 29412	f2=58824

valor de la remuneración futura que se pierde a valor presente, conforme la siguiente ecuación:
 $VP=VF/(1+d)^t$, d = tasa de descuento.

²⁰² Y= CC

²⁰³ f1=NP+W

TABLA DE DATOS PECULADO

VARIABLES Y CONSTANTES	VALORES	
DENOMINACION	JUGADOR 1	JUGADOR 2
Probabilidad de sanción (pf)	0,082	0,082
Satisfacción por Corrupción (Y) ²⁰⁴	Y1=4838,5	Y2=4838,5
Sanción (f) ²⁰⁵	f1=78432	f2=156864

Bajo las condiciones dadas, inicialmente se calcula la utilidad esperada $E[U]$ de realizar un acto de corrupción para los dos jugadores, en el caso del delito de peculado:

DATOS CASO PECULADO

UTILIDAD ESPERADA: $E[U] = pU(Y - f) + (1 - p)U(Y)$ $pU = (1 - 0,082) = 0.918$	
JUGADOR 1	JUGADOR 2
$E[U]J1 = pU(Y1 - f1) + (1 - p)U(Y1)$ $E[U]J1 = 0,918 * (4838,5 - 78432) + (1 - 0,918) * 5806$ $E[U]J1 = (-67082)$	$E[U]J2 = pU(Y1 - f2) + (1 - P)U(Y2)$ $E[U]J2 = 0,918 * (4838,5 - 156864) + (1 - 0,918) * 4838,5$ $E[U]J2 = (-139162)$

Dado que el modelo de Becker se basa en lo que se denomina el “*free will*” de optar por cometer un acto de corrupción, que se percibe genera una utilidad esperada, en el caso de la prestación de servicios públicos, los jugadores también pueden optar por realizar el trámite legalmente, supuesto en el que dejan de percibir la utilidad esperada

²⁰⁴ El beneficio esperado se calcula asumiendo que el valor del monto del caso obtenido de la revisión de sentencias, es dividido entre los agentes en partes iguales, razón por la cual $Y1, Y2 = CC/2$

²⁰⁵ $f1 = NP + W$

adicional. Desde esta perspectiva el agente público recibiría únicamente la remuneración W2, mientras que por su parte el agente privado recibe el bienestar del servicio, sin el beneficio adicional que representa el recibirlo anticipadamente.²⁰⁶

Esta utilidad que se deja de percibir evidencia el incentivo que tendrían los agentes para realizar actos de corrupción cuando se percibe la existencia de una probabilidad de sanción p baja, matizada además por un tiempo extendido de duración de los procesos judiciales, lo que puede generar incentivos en los agentes para obtener beneficios adicionales provenientes de actos de corrupción.

Al aplicar el modelo de maximización de utilidad esperada de Becker a teoría de juegos, se obtienen los siguientes pagos:

TABLA DE PAGOS PECULADO

$$pU = (1 - 0,082) = 0.918$$

		AGENTE PRIVADO – JUGADOR 1	
AGENTE PUBLICO JUGADOR 2		CORRUPCIÓN	LEGAL
	CORRUPCIÓN	(-67082) (-139162)	
	LEGAL		(0;0)

De la distribución de pagos se observa que el equilibrio de Nash,²⁰⁷ cuando la probabilidad de sanción $p=0,082$ se encuentra en la decisión de cooperar en acuerdo

²⁰⁶ Sin embargo, los agentes pueden tener una sensación de pérdida, por consiguiente tienen un costo de oportunidad que se refleja como una expectativa de pérdida $E[p]$, cuyo valor es equivalente al beneficio esperado por corrupción $E[p] = Y$. Sin embargo este valor no es considerado como un pago negativo en la matriz de juegos pues es una mera expectativa.

²⁰⁷ El equilibrio de Nash está pensado como solución para lo que se conoce como juegos en forma normal, esto es, situaciones en las que los jugadores toman sus decisiones simultáneamente. Sin embargo, hay juegos en los que las decisiones no son simultáneas, sino que un jugador “mueve” primero, y el otro “mueve” después, a los que se denominan “juegos sucesivos”. Von Neumann y Morgenstern entendían que cualquier juego en forma extensiva podía verse como un juego equivalente, en forma normal, en el que cada jugador decide por anticipado y de una sola vez que curso de acción emprenderá, considerando todas las eventualidades que pudieran surgir, ya sean producto de la

legal, ya que la estrategia de corrupción refleja resultados negativos, por tanto frente a una probabilidad de sanción mayor, la mejor respuesta para cada jugador, no es el acuerdo en corrupción, pues el riesgo de sanción hace que el posible beneficio adicional en corrupción, se vea minimizado. Los pagos en equilibrio de Nash son (0;0).

Con *niveles de sanción elevados*, como los cuantificados en el Ejercicio 1, la relación de pagos para optar por un acuerdo en corrupción difícilmente puede llegar a valores de ganancia o positivos, es decir alejarse del equilibrio de Nash en acuerdo legal. Este resultado se observa en la aplicación del modelo a valores menores de sanción, contenidos en la tabla de pagos del cohecho, la que se asocia con la $p=0,005$ que corresponde a la probabilidad más baja del sistema, a partir de los cuales las utilidades esperadas conforme al modelo de Becker son:

CASO COHECHO

$$pU=(1-0,005)=0,995$$

UTILIDAD ESPERADA: $E[U] = pU(Y - s) + (1 - p)U(Y)$	
JUGADOR 1	JUGADOR 2
$E[U]J1 = pU(Y1 - f1) + (1 - p)U(Y1)$ $E[U]J1 = 0,995*(177,70 - 29412) + (1 - 0,995)*177,70$ $E[U]J1 = (-29087,24)$	$E[U]J2 = pU(Y2 - f2) + (1 - p)U(Y2)$ $E[U]J2 = 0,995*(177,70 - 58824) + (1 - 0,995)*177,70$ $E[U]J2 = (-58352,18)$

naturaleza o de decisiones del otro jugador. Selten mostraría después que en ciertos juegos no es cierto que la forma extensiva del mismo pueda convertirse sin más a su representación normal. El problema y la importancia de la diferenciación es que lo que en un juego simultáneo es un equilibrio de Nash, no siempre lo es cuando el mismo juego se considera en su variante sucesiva. Respecto del análisis, en principio sería aplicable la visión de Von Neumann y Morgenstern, tomado de Ariel, Del Río de Angelis, *Juegos Evolutivos y Conducta Moral: Un análisis mediante simulaciones informáticas del surgimiento y justificabilidad de conductas no maximizadoras en contextos estratégicos*, Memoria para optar al grado de Doctor, Universidad Complutense de Madrid, Facultad de Filosofía, Departamento de Filosofía del Derecho, Moral y Política II, 2007, p. 22

Al aplicar el modelo de maximización de utilidad esperada de Becker a teoría de juegos, se obtiene los siguientes pagos:

TABLA DE PAGOS COHECHO

$$PU = (1 - 0,005) = 0,995$$

AGENTE PUBLICO JUGADOR 2	AGENTE PRIVADO – JUGADOR 1	
	CORRUPCIÓN	LEGAL
CORRUPCIÓN	(-29087; -58352)	
LEGAL		(0;0)

De lo que se concluye que un nivel de probabilidad de sanción $p=0,005$ que refleja un menor nivel de disuasión del sistema de control, igualmente genera pagos negativos en el caso de un acuerdo en corrupción, dado los costos elevados que implica la sanción penal. Sin embargo, en la práctica los agentes siguen eligiendo cometer actos de corrupción, por lo que cabe preguntarse la racionalidad de este comportamiento.

Entre las hipótesis explicativas que surgen a partir del conocimiento del caso de estudio, excluida la posibilidad de que pueden existir agentes con una marcada inclinación al riesgo “*risk lovers*”, se encuentra una percepción de impunidad en el sistema judicial ecuatoriano, que afecta directamente la probabilidad subjetiva de sanción e inversamente la probabilidad subjetiva de utilidad.

3.2.1.1. Modelo de disuasión criminal en percepción de impunidad²⁰⁸

La *percepción de impunidad del sistema judicial* afecta la percepción subjetiva de sanción, la misma que afecta los resultados de la disuasión que se espera de un nivel de sanción elevado, como el que propone la estructura de la sanción de los delitos de corrupción.

En este sentido, el endurecimiento de penas sin un nivel de disuasión óptimo del sistema judicial, neutraliza la capacidad de disuasión de los sistemas de control y genera incentivos perversos encaminados a comportamientos estratégicos que reduzcan la probabilidad de sanción.

De una revisión de los resultados previos se podría creer que la magnitud de la pena puede generar un nivel de disuasión elevada. Sin embargo, las diferentes encuestas de percepción y buen gobierno reflejan que los datos de percepción de la corrupción son elevados y tenemos que el Ecuador no ha variado sustancialmente su posición al respecto. En este sentido, el factor *impunidad* afecta la valoración subjetiva de la sanción esperada, elemento de carácter subjetivo que es parte esencial del modelo teórico de Becker.

Los problemas de eficiencia en el sistema de control y sanción, sea por retardo judicial o por problemas de corrupción, pueden conducir a un elevado optimismo sobre el mal funcionamiento del sistema, el que fortalece la percepción subjetiva de impunidad, que se traduce en una baja probabilidad subjetiva de sanción.

Una baja probabilidad subjetiva de sanción, puede generar incentivos para acuerdos en corrupción, tanto de oportunidad u ocasional; como en las redes consolidadas de corrupción, con conocimientos técnicos sobre el funcionamiento de la

²⁰⁸ Este acápite parte de las consideraciones realizadas en el estudio previo realizado para la obtención del DEA, previo a la presente Memoria; estudio en el que se obtuvieron valores ínfimos de sanción, a partir de la muestra del juzgamiento de los casos investigados por la CCCC, conforme se observa en el Anexo N° 13.

Administración Pública y sus posibilidades de generar condiciones de oportunidad y diseños jurídicos que puedan neutralizar las probabilidades de detección, juzgamiento y sanción.

Por estas consideraciones, se propone incorporar en el modelo de disuasión del control anticorrupción, el factor relativo a la percepción de impunidad, cuya percepción afecta el optimismo de los agentes y la valoración de la sanción percibida fI , conforme la siguiente ecuación:

$$fI = f' \times pfl$$

Donde:

$f' = (\text{valor inicial de la sanción}) + Y$

$Y = 0$

$pfl = pf * 50\%$

pfl = Probabilidad subjetiva de
Impunidad

pf = Probabilidad subjetiva de sanción

Para la aplicación del factor impunidad, se parte de que ésta genera una percepción negativa de aplicación de la sanción, es decir asume que es lo menos probable que suceda y que en caso de detección posee mecanismos en las diferentes fases del control para evitar la sanción, razón por la cual, la sanción esperada se multiplica por la probabilidad subjetiva de impunidad.

Así, en el caso de niveles de impunidad elevados se propone arbitrariamente, como mecanismo de cálculo de la probabilidad de sanción con percepción de impunidad, una reducción del 50% de la probabilidad de sanción inicial, que se traduciría en la siguiente fórmula:

$$pfl = p \times 50\%$$

Donde pfl es la probabilidad de sanción en el supuesto de impunidad en el funcionamiento del sistema judicial, que conforme los valores del caso de estudio serían:

ALTERNATIVAS DE PROBABILIDAD DE SANCIÓN EN IMPUNIDAD

Delito	pf_{it}	pfl_{it}	Nivel
Peculado	0,082	0,041	Alto
Cohecho	0,046	0,023	Medio
Concusión	0,030	0,015	Medio
Enriquec ^o Ilícito	0,005	0,0025	Bajo

Bajo el supuesto de estas nuevas alternativas de probabilidad de sanción, la aplicación del juego sería la siguiente:

CASO PECULADO

VARIABLES Y CONSTANTES	VALORES	
DENOMINACION	JUGADOR 1	JUGADOR 2
Probabilidad de utilidad (pU)	0,918	0,918
Probabilidad de sanción (pfl)	0,041	0,041
Satisfacción por Corrupción (Y) ²⁰⁹	Y1=4838,5	Y2=4838,5
Sanción (f) ²¹⁰	f1=78432	f2=156864

²⁰⁹ Y1, Y2= CC/2

²¹⁰ f1=NAxW

TABLA DE DATOS DELITO PECULADO EN SUPUESTO IMPUNIDAD

UTILIDAD ESPERADA: $E[U] = pU(Y - f \cdot pf) + (1 - p)U(Y)$ $pU = (1 - 0,082) = 0,918$	
JUGADOR 1	JUGADOR 2
$E[U]J1 = pU(Y1 - (f1 \cdot pf)) + (1 - p)U(Y1)$ $E[U]J1 = 0,959 \cdot (4838,5 - (78432 \cdot 0,041)) + (1 - 0,959) \cdot 4838,5$ $E[U]J1 = 1746$	$E[U]J2 = pU(Y2 - (f2 \cdot pf)) + (1 - P)U(Y2)$ $E[U]J2 = 0,959 \cdot (4838,5 - (156864 \cdot 0,041)) + (1 - 0,959) \cdot 156864$ $E[U]J2 = 4640$

Del análisis del modelo se desprende que bajo el supuesto de impunidad, el agente público al que se le atribuye una sanción mayor, adquiere por efecto de la impunidad un efecto superior en los pagos, lo que hace pensar que el supuesto de impunidad causa incentivos elevados en los servidores públicos, para incurrir en actos de corrupción.

En aplicación de la teoría del “*Public Enforcement of Law*”, de los modelos previos, en concordancia con el modelo de Becker se observa que a mayor probabilidad de sanción p , menor es la función de utilidad esperada de los agentes $E[U]$, de ahí que el acuerdo en corrupción arroje pagos negativos (pérdida) o a su vez pagos positivos, a partir de la relación de la probabilidad de sanción con el punto de indiferencia de los agentes para buscar acuerdos cooperativos en corrupción.

La obtención del punto de indiferencia surge a partir del modelo de Becker, el cual en el caso de peculado, bajo el supuesto de impunidad, se encontraría en el incremento de la sanción esperada, a partir de la disminución de la percepción de impunidad, que para el caso de peculado, se calcula conforme el siguiente ejercicio:

PUNTO DE INDIFERENCIA DELITO PECULADO
EN SUPUESTO IMPUNIDAD

UTILIDAD ESPERADA: $E[U] = pU(Y - f \cdot pfl) + (1 - p)U(Y)$ $pU = (1 - 0,082) = 0,918$	
JUGADOR 1	JUGADOR 2
$E[U]J1 = pU(Y1 - (f1 \cdot pfl)) + (1 - p)U(Y1)$ $E[U]J1 = 0,959 \cdot (4838,5 - (78432 \cdot 0,062)) + (1 - 0,959) \cdot 4838,5$ $E[U]J1 = -112490$	$E[U]J2 = pU(Y2 - (f2 \cdot pfl)) + (1 - P)U(Y2)$ $E[U]J2 = 0,959 \cdot (4838,5 - (156864 \cdot 0,074)) + (1 - 0,959) \cdot 156864$ $E[U]J2 = -60$

De la obtención del punto de indiferencia se observa que el agente público, es decir el jugador 2, requiere una percepción de impunidad más cercana a uno $pfl=0,074$ que implica una cercanía mayor de la probabilidad hacia la ausencia del supuesto de impunidad; a diferencia del agente privado o jugador 1, que es disuadido con un nivel de probabilidad menos cercano al 1, cuyo punto de indiferencia se ubica en un nivel menor, esto es $p=0,062$, lo que implica la necesidad de tener mayores y mejores incentivos hacia los servidores públicos, quienes de la misma forma que pueden perder más en caso de ser sancionado, también tienen una expectativa de beneficio superior, en caso de impunidad.

En este sentido se considera que la ubicación de este punto de indiferencia, a partir del análisis de incentivos del sistema de control y su probabilidad efectiva de sanción, puede orientar la identificación por parte del Estado, del punto óptimo de control al que debe llegar el funcionamiento de las instituciones de política criminal.

3.2.1.2. Consideraciones sobre la aplicación del modelo

Cabe señalar que el acuerdo en corrupción constituye un juego cooperativo en el que los participantes pueden comunicarse y negociar una solución óptima mutua – información perfecta-, que se traduce en la obtención del beneficio con pagos individuales superiores para cada uno de los agentes, relación de pagos en la que se observa un pago mayor para el agente particular; no obstante, la ganancia del agente público se incrementa en función del volumen de operaciones en las que interviene, por lo que el óptimo para el agente público, en un análisis costo – beneficio, es la existencia de un esquema de juego repetido,²¹¹ lo que se produce en el caso de una baja probabilidad de detección, juzgamiento y sanción; y se agrava en el caso de problemas de corrupción en el sistema de control.

Teniendo en cuenta la conveniencia de la actuación conjunta de los agentes para crear beneficios adicionales generados por el acto ilícito, conforme lo plantea el equilibrio de Nash, se considera que parte del comportamiento estratégico puede orientarse a vulnerar la estructura institucional de control, a fin de evadir la sanción.

Por este motivo se consideró que existe la posibilidad de que se incrementen los mecanismos para evadir los procesos de juzgamiento y sanción, análisis que justificó la elección de aplicar el juego bajo el supuesto de lo que se denominó el optimismo de los agentes.

La disuasión criminal y el comportamiento estratégico en el caso de delitos de peculado, involucra un esquema de relación distinto entre los agentes, dado que el acceso a beneficios individuales a través de los recursos o bienes del Estado, fuera de una relación de prestación de servicios públicos, no es de carácter universal; y, por el

²¹¹ Partiendo de la corrupción como juego repetido y en un contexto de corrupción sistémica, se cuestiona los niveles reales de interacción estratégica de los agentes, pues dado el contexto sistémico estaríamos ante una estructura de servicios y precios que asimilaría a las transacciones de corrupción con aquellas que se desarrollan en un mercado.

contrario se encuentra sometida a reglas rigurosas de procedimiento, tanto respecto del (1) uso de bienes públicos; (2) como respecto de procesos que regulan las relaciones comerciales en las que interviene la Administración Pública, a través de las compras públicas de bienes y servicios.

El hecho de que la condición de acceso no sea de carácter universal, reconfigura las relaciones y los incentivos entre los agentes públicos y privados, con el fin de acceder al beneficio, a través de prácticas colusorias que puedan implicar corrupción, en preeminencia de otros agentes que compiten en igualdad de condiciones.

Respecto de los acuerdos en corrupción, en cualquiera de los escenarios propuestos, se resalta que la repetición de los mismos otorgan un mayor grado de certeza al comportamiento, donde el conocimiento mutuo de la racionalidad de los agentes, genera un conocimiento de cuales son las posibles funciones de utilidad a las cuales atribuirles un cierto grado de probabilidad (Harsanyi), lo que incrementa la información sobre el comportamiento ilícito de los agentes. En la misma línea se encuentra el análisis del factor reputación, donde se considera que la frecuencia de la actividad de una persona determina la integridad de su comportamiento (Smith 1956), efecto que en el caso de estudio se aplican respecto de la confiabilidad de los agentes que negocian acuerdos en corrupción.

Cabe señalar, que la condición del juego repetido implica un nivel de actividad mayor, que incrementa también el riesgo de ser detectado, lo que puede suponer estrategias de los agentes para evadir, neutralizar o corromper el sistema de control.

Del ejercicio se observó que en el caso de sanciones elevadas, inclusive en el caso de que la probabilidad de sanción sea excesivamente baja, igualmente la ecuación refleja valores de utilidad negativos, lo que llevó a la investigación a

incorporar el análisis de la percepción de impunidad en el funcionamiento de los sistemas judiciales, sea por factores burocráticos o por problemas de corrupción, lo que implica la generación de incentivos en el comportamiento burocrático hacia la corrupción.

3.2.2. Comportamiento estratégico de la burocracia

La corrupción como problema público plantea un doble problema de agencia que surge a partir de la presencia de acuerdos en corrupción entre la burocracia y agentes públicos o privados;²¹² lo que plantea un problema en cuanto al comportamiento deseado por el -principal- compuesto para el análisis por la sociedad en su conjunto y el Estado como actor central de la política de control de la corrupción;²¹³ respecto de la actuación del burócrata, en calidad de -agente-, aspecto que se analiza a partir de la teoría de la burocracia, formulada por Niskanen.

A partir del modelo de comportamiento burocrático formulado por Niskanen, la capacidad de concentrar poder por parte de la burocracia, a partir de la información, capacidad de influencia y decisión que puede llegar a tener, la relación entre burocracia y patrocinador, que plantea el modelo, se puede asimilar a la relación que formula el modelo, entre la burocracia versus la ciudadanía y el Estado como agente de política pública.

²¹² La relación entre los agentes públicos y privados, a partir de las reglas de juego establecidas por el Estado, no son parte de la presente investigación, dado que sus resultados se centran en la distribución de ganancias, situación que no tiene un nivel relevante de aporte al análisis de políticas públicas.

²¹³ Para efectos del análisis, cuando se trata del principal, se incluye tanto a la sociedad como al Estado.

En este sentido, el papel del buró respecto de la presencia de corrupción, se considera relevante y su comportamiento tiene una relación más directa con el tipo de administración que ejerza el patrocinador, que con los intereses de la ciudadanía o la colectividad.

Partiendo del modelo económico planteado por Niskanen, la relación del buró con su patrocinador, que para el análisis se compone por la ciudadanía y el Estado; determina que “no son las preferencias de los electores lo que es importante para el buró, sino su influencia sobre las preferencias reveladas de su patrocinador”²¹⁴ lo que determina la posibilidad de cierto nivel de desconexión ... “entre la demanda real²¹⁵ de la población y la demanda expresada por la organización colectiva dentro de un marco institucional determinado...”²¹⁶

El papel activo, pasivo o neutral que pueda asumir el patrocinador, puede determinar varias orientaciones posibles en el comportamiento de los burós, según los niveles de influencia del poder político en la burocracia.²¹⁷ En este sentido existe la posibilidad de que los burócratas adopten un comportamiento de indiferencia relativa frente al grupo de poder que se encuentre en los principales cargos directivos, pues la burocracia administra un cierto grado autónomo de decisión en los ámbitos a su cargo.

²¹⁴ William A. Niskanen, *“Cara y Cruz de la Burocracia”*, Traducción Española por Rafael Muñoz de Bustillo, Espasa CALPE S.A., Madrid 1980.

²¹⁵ La teoría económica de la burocracia señala lo importante que sería mejorar la relación entre la demanda real de la población y la demanda expresada por la organización colectiva dentro del marco institucional, a efectos de que las actividades de un buró cumplan su papel de servicios intermedios, es decir aquellos que tienen valor en función de su efectividad, en términos de la relación entre presupuesto o coste y el nivel de actividad.

²¹⁶ William A. Niskanen, *“Cara y Cruz de la Burocracia”*, Traducción Española por Rafael Muñoz de Bustillo, Espasa CALPE S.A., Madrid 1980.

²¹⁷ Partiendo de la estabilidad del funcionario, se observa como alternativa una relación opcional con el poder político, dependiendo de los niveles de influencia del ámbito político en los diferentes niveles de acceso a ventajas o desventajas burocráticas o personales y de los objetivos y preferencias del burócrata.

De esta manera, dependiendo de la eficiencia de los mecanismos de control, la información que administran los funcionarios del buró, puede ser utilizada para fines de un comportamiento desviado, sea: (1) para beneficio del buró en desconexión con los fines de la administración o a su vez (2) en beneficio personal en perjuicio del buró, de la Administración y de la ciudadanía.²¹⁸

Las elecciones de los agentes dependerán de los incentivos de los funcionarios sea hacia una postura de profesionalización burocrática; a una postura orientada a la obtención de rentas sin corrupción; o a su vez a una postura orientada a la obtención de rentas adicionales con corrupción.²¹⁹

El planteamiento teórico nos enfrenta a un doble problema de agencia, por una parte, el existente entre los intereses de la población y la estructura institucional, y por otra, entre la actuación del burócrata y sus intereses y la realización de los fines de la Administración Pública, ya que la función de utilidad del funcionario se diferencia y puede incluso contraponerse con las necesidades reales de la población, entendidas como parte del interés público, pues media en la decisión su bienestar, sea como burócrata o como particular versus el interés de la entidad pública y los intereses de la colectividad, lo que refleja un incremento de probabilidades de que el burócrata busque maximizar su función de utilidad mediante corrupción.

Dada la posibilidad de la existencia de un conflicto entre los intereses de los ciudadanos y de la Administración, con los intereses de la burocracia, se plantea un rango de posibles decisiones de los funcionarios respecto de su gestión, que pueden ir desde decisiones ineficientes, en el contexto de la Administración Pública, sea por

²¹⁸ Se considera que los márgenes de decisión individual o de discrecionalidad del funcionario, de no operar adecuadamente el sistema de disuasión, también pueden influir en la elección conforme a su estructura de incentivos, en función de lo cual existirá una mayor o menor probabilidad de la desviación de la conducta.

²¹⁹ Se resalta como variables que influyen en el comportamiento, al tamaño, niveles de organización y control de las organizaciones.

inacción debido a motivos de protección personal frente a un rígido sistema de responsabilidad, por acciones erradas debidos al desconocimiento de los mejores criterios técnicos de decisión, o por acciones desviadas que superen los límites de lo legal, en las que se privilegie el interés particular sobre el público.

Este doble problema de agencia, en términos estratégicos formula la siguiente composición: en cuanto a los jugadores, se observa un primer grupo formado por los ciudadanos y el Estado, que para efectos del modelo se asimilan como principales (J1). Los ciudadanos se refieren a aquellas personas que respetan o cooperan con las instituciones de control, cuya expectativa es un Estado de Derecho que garantice condiciones de vida adecuadas para la mayoría; y, el Estado como agente central de las políticas de control. El segundo grupo está formado por los burócratas encargados de la administración de los recursos públicos, a quienes se denomina “burocracia” (J2).

Las estrategias del comportamiento de la burocracia (J2) se relacionan con los niveles de disuasión que genera el sistema de control, a través de la probabilidad de sanción; las cuales según el nivel de incentivos son: (1) comportamiento legal (2) comportamiento en corrupción, con el fin de incumplir las normas legales y lograr beneficios privados ilícitamente. El jugador (J2) podrá obtener beneficios adicionales (Y), si decide realizar actos de corrupción; y, costos, en el caso de que se le aplique la sanción (f) prevista por el sistema legal.

Y a su vez en el caso de la estrategia 2, relativa al comportamiento en corrupción, existen dos estrategias posibles, que a su vez generan niveles diferenciado de beneficios: (2.1) con la presencia de una baja probabilidad de sanción; y, (2.2) con la presencia de una probabilidad elevada de sanción.

De las dos estrategias posibles, en el caso de corrupción, frente a una baja probabilidad de sanción, es la alternativa que más favorece al funcionario que puede ser corruptible, pues le coloca en el valor más elevado; mientras que el ciudadano recibe un valor bajo. De esta manera, si valoramos cada una de las estrategias evidentemente para los ciudadanos la situación óptima es que el funcionario no sea corrupto, la segunda situación es que el funcionario si es corrupto pueda ser sancionado por un valor que pueda condicionar su decisión; lo que depende de la probabilidad de sanción correspondiente.

La opción óptima para el ciudadano orientado al interés colectivo es que el funcionario actúe legalmente y su peor situación es que el funcionario sea corrupto y no sea sancionado, cuya elección dependerá de que la opción sea o no más rentable.

Si la sanción y la probabilidad de sanción es baja en ese caso procedería ser corrupto, entonces la alternativa en corrupción es preferible al comportamiento legal, por lo que el funcionario aún con la probabilidad que lo sancionen podría asumir el riesgo de incurrir en corrupción.

Bajo este razonamiento, la política debe orientarse a conseguir que la sanción tenga capacidad de disuasión, pues aunque exista sanción si la sanción no es representativa y el funcionario obtiene mucho dinero por el comportamiento ilícito, existe la probabilidad de que actúe en corrupción. El planteamiento por tanto, es crear incentivos para que el comportamiento corrupto no suceda, a partir de la observación de las sanciones y la probabilidad real de que se apliquen.

Respecto de la aplicación de las sanciones, el análisis de la política criminal debe considerar también un análisis de la racionalidad económica de las sanciones, donde se parte de que el funcionamiento del sistema de control y la imposición de sanciones es costosa, por cuanto debe analizarse cuan óptimo es el nivel de sanción

aplicado, con el fin de evidenciar la relación entre (h) nivel de daño y (p) probabilidad de detección; a partir de la aplicación de la fórmula de la probabilidad de detección óptima,²²⁰ incorporada a la pena, determinada por la teoría económica del “Public Enforcement of Law”, planteamiento que únicamente se deja enunciado como ámbito de estudio para futuras investigaciones.

El análisis del capítulo permite observar las tendencias en el comportamiento de los agentes, que pueden generarse a partir de la probabilidad subjetiva de sanción, la misma que se relaciona con el funcionamiento de la estructura institucional del sistema de control, los niveles de conexión del comportamiento burocrático sea con el poder político, el interés general o su propia función de utilidad, así como la percepción individual y colectiva sobre la corrupción y el funcionamiento de los sistemas e instrumentos de control.

En este sentido, los resultados del análisis permiten tener un acercamiento a la actividad del sistema administrativo y judicial en el ámbito anticorrupción y las relaciones entre su funcionamiento y capacidad administrativa de respuesta, las normas jurídicas de juzgamiento y sanción; así como la importancia de la independencia en el ejercicio de estas actividades.

²²⁰ $f(h) = h/p$, donde la sanción (f) se encuentra en relación con el costo del daño (h) y la probabilidad de detección (p), la cual no debe exceder al costo máximo posible de la sanción.

CONCLUSIONES Y RECOMENDACIONES

El aporte de la investigación al estado del arte, se alinea a las investigaciones orientadas a la *racionalización de la acción del Estado*, a partir de la aplicación de criterios de análisis económico a los instrumentos de política aplicados para el control de la corrupción como problema público. Del caso de estudio se observa la relevancia que adquiere la incorporación de criterios de racionalidad práctica, en los ciclos completos de toda política pública, que permitan observar el *comportamiento individual de los agentes* y sus posibles incentivos, respecto del *sistema de incentivos* que generan los diferentes *instrumentos de política* en su proceso de aplicación.

En el caso específico de las *políticas criminales* sin perjuicio de la observación y análisis transversal de los posibles mecanismos que pueden incidir en el comportamiento criminal que se busca controlar, el principal objetivo de la investigación se orientó al análisis de la *disuasión del comportamiento humano* que generan los sistemas de control, a partir de las medidas que se adoptan en cada uno de sus ámbitos y su capacidad de influir en forma agregada a la probabilidad subjetiva de sanción.

A partir de la aplicación de los *elementos teóricos del modelo de disuasión criminal de Becker* al caso de estudio, ha sido posible desarrollar una *metodología de análisis de las políticas públicas aplicadas al control de la corrupción*, que reviste un grado de generalidad que permite pensar en su aplicación a nivel comparado, a partir de la identificación de tres *campos diferenciados* de la acción de la política criminal de control de la corrupción: detección, juzgamiento y sanción de posibles actos de corrupción, los cuales a su vez se articulan de manera transversal con *instrumentos de*

política relativos al diseño institucional, a la política social en el ámbito de acciones de carácter preventivo, como a instrumentos de política criminal propiamente dichos.

Control anticorrupción e independiencia del poder político

En cuanto a los instrumentos de política relativos al *diseño institucional*, el estudio brindó elementos de análisis en dos periodos constitucionales 1998 - 2008, que permitieron observar comparativamente diseños institucionales de control distintos y sus tendencias de resultado. A partir de los datos de resultado, se puede concluir que la presencia de *diseños institucionales complejos y más depurados*, en el caso del control de la corrupción, no generan resultados de impacto cuando la orientación del comportamiento burocrático de estos espacios institucionales denota una *alineación de los burós a los objetivos del poder político*, que pueda generar una percepción ciudadana de *disminución de la independencia de las instituciones de control*.

La conclusión previa se sustenta en la observación de los resultados de la *denuncia ciudadana de actos de corrupción* ante organismos especializados de control de la corrupción en dos periodos de estudio 1998 – 2008, donde se observa una reducción de la denuncia ciudadana de más del 80% en el período 2008, que tiene como característica un fortalecimiento del diseño institucional orientado al control, a partir de las competencias del CPCCS en el juzgamiento de casos de corrupción, a pesar de lo cual se reduce del acercamiento ciudadano a este tipo de espacios, para efectos de la denuncia de posibles actos de corrupción.

Una de las hipótesis explicativas respecto de la reducción de la denuncia ciudadana de casos de corrupción ante el CPCCS en el período 2008, se encuentra a partir de la *relación principal - agente*, pues en este período se refleja una mayor

alineación de la acción del CPCCS al poder político vigente, cuyo objetivo a partir de la promulgación de la Constitución de 2008, es la implementación de la nueva estructura propuesta por la norma constitucional, donde el CPCCS cumple el rol de organizar los procesos de designación de las principales autoridades públicas, actividad que capta el mayor nivel de gestión de la Entidad, conforme se observa del Apéndice N° 9

Esta nueva competencia del CPCCS genera un mayor grado de percepción de la ciudadanía sobre la cercanía del buró del CPCCS, con los objetivos del poder político, situación que reduce el acercamiento ciudadano a este tipo de espacios, respecto de la presentación de *denuncias de posibles actos de corrupción*, dada la vulnerabilidad del ciudadano en la presentación de denuncias que puedan referirse a dicho poder respecto de delitos de corrupción pública, por lo que se concluye sobre la importancia de que los organismos de control de la corrupción tengan *independencia del poder político* y emitan señales creíbles de la misma.

Sin embargo, el mismo resultado de la reducción de la denuncia ciudadana, en concordancia con los resultados de la gestión del CPCCS, de la que se desprende un alto grado de actividad relacionada con procesos de formación ciudadana, control social y rendición de cuentas, evidencia la capacidad del *diseño institucional* de *reconfigurar el comportamiento de los burós*, dado que el diseño del CPCCS desde su denominación hasta sus competencias, se orienta al desarrollo de los procesos de participación de la ciudadanía en el país, por lo que se destaca la capacidad que puede llegar a tener un diseño adecuado y su alineación con el poder político o las demandas ciudadanas, respecto de la *orientación de la actividad burocrática*, conforme lo explica la teoría del comportamiento burocrático formulada por Niskanen.

La reducción de la denuncia ciudadana anticorrupción frente al incremento de los mecanismos de participación ciudadana y control social observada en la gestión del CPCCS permite formular dos conclusiones adicionales, por una parte, sobre la forma en que afecta la independencia de los burós respecto del poder político en la reducción de la probabilidad de *detección de posibles actos de corrupción*; y, por otra, la calidad de *política de largo plazo de las políticas sociales* orientadas a promover el control de lo público, dada su naturaleza de *carácter preventivo* y sus límites en la capacidad de impacto directo en el incremento de la probabilidad de sanción.

Relación entre la probabilidad de sanción y los incentivos de los agentes para el cometimiento de actos de corrupción

La *elección de incurrir en delitos de corrupción pública* puede relacionarse con criterios de racionalidad práctica, relativos a criterios de bienestar, calidad de vida relacionados con problemas de satisfacción adecuada de servicios públicos por parte del Estado; así como también a la obtención de rentas, criterios que permiten *racionalizar la creación de incentivos* en los instrumentos de política, a partir de la reducción de los niveles de beneficio esperado por los agentes, que generen efectos disuasorios al momento de elegir su comportamiento respecto de los burós.

Los instrumentos de *política criminal* pueden evaluarse a partir de los elementos planteados por Gary Becker, 1968, considerando las variables que integran la *función de utilidad de los agentes públicos y privados*,²²¹ en relación a la magnitud de la pena (s) y el incremento de la probabilidad de sanción (p) las cuales se evidencian a partir de la aplicación del modelo de disuasión con datos reales del caso

²²¹ $E[U] = pU(Y - s) + (1 - p)U(Y)$

de estudio, en el que se observa la variación de los niveles de utilidad, a partir de las variaciones en la probabilidad de sanción y la posibilidad de encontrar matemáticamente puntos de indiferencia que disminuyan los niveles de utilidad de los agentes.

La probabilidad de sanción influye en el margen de beneficio (Y) de los agentes públicos y privados, margen de utilidad que puede generar incentivos hacia comportamientos cooperativos en actos de corrupción, razón por la cual, la política criminal debe orientarse a mejorar los niveles de disuasión criminal a partir de la racionalización del contenido de las *normas penales*, el incremento de la *probabilidad subjetiva de sanción* y la *aplicación efectiva* de las sanciones, a partir de los cuales se pueden generar incentivos que reduzcan el posible beneficio esperado por el cometimiento de delitos de corrupción pública.

El funcionamiento de las instituciones de control por debajo de los *niveles óptimos de control* genera incentivos para la existencia de acuerdos en corrupción, inclusive para los agentes adversos y neutrales al riesgo, pues las señales percibidas sobre la existencia de niveles de impunidad en el sistema de juzgamiento, afectan negativamente la probabilidad subjetiva de sanción e *incrementan la expectativa de utilidad de los agentes a través del cometimiento de actos ilícitos*, situación que les brinda mejores condiciones para asumir el riesgo que implica la conducta ilícita.

La falta de equilibrio entre los niveles de utilidad esperada en el acuerdo en corrupción y el acuerdo legal, influyen en la elección de los agentes, por lo que se resalta la capacidad de las instituciones de control, de *reducir la utilidad esperada* del cometimiento de actos de corrupción, a partir del incremento de la probabilidad de sanción.

Relación entre la proporcionalidad de la sanción y el incremento de los incentivos a evadir el juzgamiento

Los *procesos de regulación* de las normas penales requieren partir de la evaluación de los resultados de su aplicación, dado el nivel de incidencia de las instituciones de control y su funcionamiento con la estimación que tengan los agentes públicos y privados sobre la racionalidad, aplicabilidad y eficacia de las mismas.

De la observación de los casos de estudio desarrollados en el Apéndice N° 11, surge la necesidad de analizar la relación entre la racionalidad de la norma y el nivel de daño que causa la infracción, en función del elevado *costo económico y social*, que tiene la pena privativa de libertad, así como la presencia de extensos procesos de juzgamiento, lo que redundaría en la importancia de que las normas penales incorporen criterios que diferencien los comportamientos, su nivel de daño y que aseguren la proporcionalidad de las penas; así como también la articulación de sanciones efectivas de carácter monetario en determinados casos.

Los problemas en la racionalidad de la norma y el nivel de daño en la composición de una norma penal, como consecuencia de su excesiva apertura, como es el caso de la noción de *malversación* en el delito de peculado establecido en el artículo 257 del Código Penal de 1971; y, la ausencia de una diferenciación de grados de acciones y su correspondiente gravedad, afecta la validez y justificación de la norma y por tanto reducen su nivel de disuasión, pues aumenta la incertidumbre en sus destinatarios y otorga un marco de justificación a comportamientos cooperativos en corrupción por parte de los posibles agentes infractores, así como también comportamientos orientados a la evasión del sistema de control, en cooperación con los operadores de control y de justicia.

Los problemas en la racionalidad de la norma pueden generar incentivos para la *instrumentalización de los procesos de juzgamiento* de actos de corrupción por parte de los agentes políticos, como mecanismo de oposición y desprestigio, situación que puede incrementar el juzgamiento de casos no sustentados y el nivel de actividad de la Administración de Justicia, situación que puede alejar al funcionamiento del sistema de control, de su nivel óptimo de funcionamiento, sin contribuir al control de la corrupción pública.

En el caso de estudio se observan comportamientos estratégicos de los agentes orientados a evadir el juzgamiento, como consecuencia del endurecimiento de las condiciones relativas al juzgamiento, mediante la *imprescriptibilidad, juzgamiento en ausencia e igualdad de condiciones para el juzgamiento de agentes privados* afirmación que en el caso de los *agentes burocráticos*, se realiza a partir de la observación de una ausencia en la implicación de agentes privados en las sentencias analizadas en el Capítulo III, situación que puede ser interpretada a partir de la creación de acuerdos cooperativos entre agentes públicos y privados para concentrar la responsabilidad en el agente público, a cambio de pagos superiores por el aumento en el nivel de riesgo.

La creación de mecanismos legales orientados a crear *barreras para el juzgamiento de casos de corrupción*, por parte de las autoridades legislativas, a partir de la aprobación del artículo 581 del Código Orgánico Integral Penal, que establece el informe de la Contraloría General del Estado, como *requisito de procedibilidad* para el ejercicio de la acción penal, en el delito de peculado, puede interpretarse como un comportamiento estratégico de los *agentes políticos* de generar mecanismos de protección frente a sus opositores, respecto de la posibilidad de juzgamiento por delitos de corrupción, concentrando esta posibilidad en una agencia de control

administrativo, con variedad de competencias y altamente burocratizado; y, neutralizando la capacidad de investigación del agente institucional con competencia para promover el ejercicio de la acción penal, como es el caso de la Fiscalía General del Estado, en el marco de un nuevo Código Integral Penal con una tendencia al *endurecimiento de las penas*, entre otras las relativas a delitos de corrupción.

A partir del ejemplo previo, la presencia de sanciones con una elevada magnitud o nivel gravedad, que coexisten con límites en su probabilidad de juzgamiento y sanción, generan problemas de *eficacia disuasoria*, pues neutralizan los incentivos creados por la estructura sancionatoria de la norma y se generan incentivos para incurrir en comportamientos cooperativos que permitan evadir el control, condiciones en las cuales termina resultando indiferente el incremento de la magnitud de la pena.

Es necesario desmitificar el peso disuasorio de las sanciones penales y fortalecer los *mecanismos alternativos de disuasión* que posee todo sistema de control y que permitan reducir el elevado costo de las sanción penal, a través del fortalecimiento del potencial del *control administrativo interno y externo de la administración pública*, mediante la aplicación de sanciones de carácter monetario, a través de la aplicación efectiva de sanciones de carácter administrativo y civil.

Relación entre los incentivos ciudadanos y la orientación del control social

Aunque la aplicación de las políticas de control social no constituye el eje de la investigación, a partir de los resultados observados en el caso de estudio, cabe señalar el aporte que puede brindar a este ámbito de política, el análisis de los incentivos

reales que pueden orientar la acción de los ciudadanos en el control social anticorrupción, en relación con sus costos asociados.

Por este motivo las políticas de promoción del control social deben tener en cuenta que los ciudadanos constituyen al igual que cualquier otro agente, individuos con intereses e incentivos propios, que al igual que los burócratas, pueden estar alineados al interés colectivo, al interés de los políticos o a su vez a su interés individual.

Cabe señalar que para la promoción de una participación orientada al interés colectivo se destaca la necesidad de que el Estado garantice mecanismos de protección efectiva a los ciudadanos respecto del poder político, en el ejercicio de las acciones de control social, especialmente, en la denuncia de actos de corrupción.

Relación entre los instrumentos de transparencia y acceso a la información pública y los incentivos de la burocracia

La implementación de instrumentos que permiten acceder a la información pública, si bien pueden generar mecanismos que faciliten el ejercicio del control social, debe considerar que dicha obligación puede generar comportamientos estratégicos respecto de su cumplimiento por parte de los agentes públicos, obligados a proporcionar la información, como un mecanismo de adaptación respecto de las nuevas reglas del juego en función de sus incentivos para transparentar o no la información pública, por lo que es importante el seguimiento de los instrumentos y herramientas que permiten transparentar la información pública, así como el seguimiento sobre el cumplimiento de esta obligación.

Relación de la probabilidad de sanción con la aplicación óptima de la política criminal

El funcionamiento de la Administración Pública y el cumplimiento de su rol, así como también de los organismos e instancias de control asociadas a la política criminal constituye un *problema de asignación de recursos*, resultando evidente por una parte, la necesidad del uso eficiente de los recursos públicos en su gestión, pero también la necesidad del ejercicio de niveles óptimos de control, los que pueden calcularse a partir de su relación con la probabilidad subjetiva de sanción propuesta por la investigación, a partir de los elementos teóricos del modelo de disuasión criminal de Becker.

La aplicación de medidas de política criminal debe ponderar entre otros factores, la importancia de lograr *niveles óptimos de aplicación de los sistemas de control* y de cumplimiento de la ley, con el fin de mejorar los niveles reales de disuasión y la efectiva asignación de los recursos públicos, situación que produce un efecto en la reducción de costos económicos y sociales relacionados con la vigencia de los sistemas de control.

BIBLIOGRAFIA

- Abrams, Philip (1988). "Notes on the difficulty of studying the state". *Journal of Historical Sociology*, Vol. 1, No. 1: 58-89.
- Acosta, Alberto, Susana López O. y David Villamar (2005). "Las remesas y su aporte para la economía ecuatoriana", en *La migración ecuatoriana. Transnacionalismo, redes e identidades*, Gioconda Herrera, María Cristina Carrillo y Alicia Torres (Editoras). Quito: FLACSO Ecuador, Plan Migración, Comunicación y Desarrollo.
- Acosta, Alberto (2006). *Impacto de la migración: una lectura desde la experiencia ecuatoriana*. Quito: UNICEF.
- Aguilar Villanueva, Luis (2006). *Gobernanza y gestión pública*. México: Fondo de Cultura Económica.
- Albert, Rocío y Fernando Gomez y Yanna Gutiérrez, "Regulating Prostitution: A Comparative Law and Economics Approach"
- Albert, Rocío y Francisco Cabrillo, Gresham's law in politics: Why are politicians not the most remarkable men for probity and punctuality?
- Atienza, Manuel y Juan Ruiz Manero (2000), *Ilícitos Atípicos*, Editorial Trotta, S.A., Madrid.
- Axelrod, Robert (1986, 1996), *La evolución de la Cooperación. El dilema del prisionero y la teoría de juegos*, Versión española de Luis Bou, Ed. cast.: Alianza Editorial, S.A., Madrid.
- Bardhan, Pranab (1997). "Corruption and Development: A Review of Issues". *Journal of Economic Literature*, Vol. 35, No. 3: 1320-1346.
- Bazerman, Max H. y Margaret A. Neale, *La Negociación Racional*, Traducción de Jorge Piatigorsky, Ediciones Paidós Ibérica, S.A., primera edición, 1993.
- Becker, Gary (1968). "Crime and punishment: an economic approach," *Journal of Political Economy*, vol. 76, pp. 169-217.
- Becker, Gary (1978). "The economic approach to human behavior", University of Chicago Press.
- Bresser Pereira, Carlos y Nuria Cunill (1998). "Entre el Estado y el mercado: lo público no estatal" en *Lo público no estatal en la reforma del Estado*, C. Bresser Pereira y N. Cunill (edit). Buenos Aires: PAIDOS CLAD.

- Cabrillo, Francisco y Santos Pastor Prieto (2001). *Reforma Judicial y economía de mercado*, VII Premio, Círculo de Empresarios. Madrid, 2001.
- Cabrillo, Francisco (2005), “Intereses y preferencias en la Administración de Justicia: ¿Qué maximizan los jueces?” en *Economía, derecho y tributación: estudios en homenaje a la profesora Gloria Begué Cantón* / coord. por José Ignacio Sánchez Macías, Fernando Rodríguez López, Rafael Calvo Ortega, págs. 217-236.
- Cabrillo, Francisco (2007). *Lecturas de economía política*, Minerva Ediciones, S.L. Madrid.
- Caiden, Gerald (1988). “Toward a general theory of official corruption”. *Asian Journal of Public Administration*, 10(1): 3–26.
- Caiden, Gerald (1997). “La democracia y la corrupción”. *Revista del CLAD Reforma y Democracia* No. 8, <http://www.clad.org/portal/publicaciones-del-clad/revista-clad-reforma-democracia/articulos/008-mayo-1997/0029000.pdf>, visitada junio, 18, 2012)
- Coase, Ronald H. (1960). *El Problema del Costo Social*, trabajo publicado originalmente en “*The Journal of Law and Economics*” (octubre 1960), pp. 1-44, traducción basada en la publicación original con la debida autorización, por “Estudios Públicos”
- Cooter, Robert y Daniel Rubinfeld (1989). “Economic Analysis of Legal Disputes and Their Resolution.” 27 *Journal of Economic Literature*.
- Córdova, Gabriela (2003). *Anatomía de los golpes de Estado: la prensa en la caída de Mahuad y Bucaram*. Quito: Universidad Andina Simón Bolívar-Sede Ecuador.
- Cullis, John y Philip R. Jones (1998). *Public Finance and Public Choice*. “Capítulo 8. Tax evasión and the black economy.” páginas 191-209, Oxford University Press.
- Cunill Grau, Nuria (2000). “Responsabilización por el Control Social” en *La responsabilización en la nueva gestión pública Latinoamericana*, Consejo Científico del CLAD (Coord.): 269 - 327. Buenos Aires: CLAD; BID; EUDEBA.
- Del Río de Angelis, Ariel (2007), *Juegos Evolutivos y Conducta Moral: Un análisis mediante simulaciones informáticas del surgimiento y justificabilidad de conductas no maximizadoras en contextos estratégicos*. Memoria para optar al

- grado de Doctor, Universidad Complutense de Madrid, Facultad de Filosofía, Departamento de Filosofía del Derecho, Moral y Política II.
- Deleon, Peter y Christine R. Martell (2006). "The Policy Sciences: Past, Present and Future" en *Handbook of Public Policy*, Guy Peters y Jon Pierre (Ed.): 31-48. London: Sage.
- Delgadillo Gutiérrez, Luis Humberto (1996). *El Sistema de responsabilidad de los servidores públicos*, Ed Porrúa, S.A., México, Primera edición.
- Di Castro, Elisabeta (2002), *La razón desencantada. Un acercamiento a la teoría de la elección racional*, Universidad Nacional Autónoma de México, Primera Edición.
- Echeverría, Julio (2010). "Complejización del campo político en la construcción democrática en el Ecuador" en *Transiciones y Rupturas, El Ecuador en la segunda mitad del siglo XX*, Felipe Burbano de Lara (Comp): 75-86. Quito: FLACSO Sede Ecuador, Ministerio de Cultura.
- Elster, John (2000). *Las limitaciones del paradigma de la elección racional: las ciencias sociales en la encrucijada*, Grafimar, S. Coop.V.
- Erling Eide, Paul H. Rubin y Joanna M. Shepherd (2006). "Economics of Crime" en *Foundations and Trends in Microeconomics*, Vol 2, No. 3: 205-279.
- Ferreira, Francisco José (2006). *Derecho Penal*, Tomo II editorial TEMIS Bogotá-Colombia.
- Gherzi Martínez Vivot (h), De Antueno. Marcer. Cruchanga., *Responsabilidad de los funcionarios públicos*, Editorial Hammurabi S.R.L., Buenos Aires 1987, Segunda Edición.
- Gómez, Fernando, *Materiales de Análisis Económico del Derecho II*, Universidad Pompeu Fabra, Barcelona.
- Gómez, Fernando, *Materiales Introducción al Análisis Económico del Derecho y Derecho Privado*, Universidad Pompeu Fabra, Barcelona.
- Howlett, Michael, M. Ramesh y Anthony Perl (2009). *Studying Public Policy: Policy Cycles and Policy Subsystems*. Oxford: Oxford University Press. 114
- Howlett, Michael (2009). "Governance modes, policy regimes and operational plans: A multi-level nested model of policy instrument choice and policy design". *Policy Sci*, No.42: 73-89.
- Idrobo Arciniega, Marco (1993). *La Contratación Pública*, Editorial Jurídica del Ecuador, segunda edición, Quito.

- Isunza Vera, Ernesto (2006). “Para analizar los procesos de democratización: interfases socioestatales, proyectos políticos y rendición de cuentas”. En Democratización, rendición de cuentas y sociedad civil: participación ciudadana y control social, E. Isunza Vera y A. Olvera (Comp): 265-292. México: CIESAS Universidad Veracruzana Miguel Ángel Porrúa.
- Isunza Vera, Ernesto y Adrián Gurza Lavalle (2010). “Precisiones conceptuales para el debate contemporáneo sobre la innovación democrática: participación, controles sociales y representación”. En La innovación democrática en América Latina. Tramas y nudos de la representación, la participación y el control social, Ernesto Isunza Vera y Adrián Gurza Lavalle (Comp): 1-80. México: CIESAS.
- Jones, Charles (1977). An introduction to the study of public policy. California: Duxbury Press.
- Kahneman, Daniel and Amos Tversky (2000), *Choices, Values, and Frames*, Cambridge University Press, Primera Edición.
- Kauffmann, Daniel, Aart Kraay y Pablo Zoido-Lobaton (1999). “Aggregating Governance Indicators”. Disponible en <http://info.worldbank.org/governance/wgi/pdf/govind.pdf>, visitado en julio 26 2012.
- Kauffmann, Daniel, Aart Kraay y Massimo Mastruzzi (2005). “Measuring Governance Using Cross-Country Perceptions Data”. Disponible en <http://mpira.ub.uni-muenchen.de/8219/1/>, visitado julio, 26, 2012.
- Lambsdorff, J. (2002a). “How confidence facilitates illegal transactions: An empirical Approach”. The American Journal of Economics and Sociology, Vol. 61, No. 4: 829–853.
- Lambsdorff, J. (2002b). “Making corrupt deals: contracting in the shadow of the law”. Journal of Economic Behavior and Organization, 48(3): 221–241.
- Lamnek Siegfried, Teorías de la Criminalidad (2002), Siglo Veintiuno Editores, S.A. de C.V., 5ª Edición, México.
- Laporta, Francisco y Silvina Álvarez (1997). La corrupción política, Madrid: Alianza Editorial S.A.
- Lasheras, Miguel Angel (1999). La Regulación Económica de los Servicios Públicos, Ed. Ariel, 1ª edición.

- Lasswell, Harold (1992). "La orientación hacia las políticas". En *El Estudio de las Políticas Públicas*, Aguilar Villanueva L. (Comp.): 79-103. México: Miguel Ángel Porrúa Editor.
- Lászlo Méro (2001), *Los azares de la razón*, Traducido de la edición inglesa por Daniel Menezo García, Ediciones Paidós Ibérica, S.A., Barcelona.
- Lowndes, Vivien (2010). "The Institutional Approach". En *Theory and Methods in Political Science*, D. Marsh y G. Stoker (Ed.): 60-79. New York: Palgrave Macmillan.
- Martínez, Javier (2007). "Las instituciones y el desarrollo económico un análisis breve" en *Observatorio de la Economía Latinoamericana*, N° 73.
- Myerson, Roger B. (1991). *Game Theory: analysis of conflict*, Harvard University Press.
- Niskanen, William A. (1971). *Bureaucracy and Representative Government*, Aldine - Atherton, Inc., Chicago
- Niskanen, William A. (1980). *Cara y Cruz de la Burocracia*, Traducción Española por Rafael Muñoz de Bustillo, Espasa CALPE S.A., Madrid.
- North, D.C. (1990), *Institutions, Institutional Change and Economic Performance*, Cambridge University Press, Cambridge.
- O'Donnell, Guillermo (1998). "Accountability horizontal". En *La Política*, No. 4: 161-188.
- O'Donnell, Guillermo (1994). "Delegative Democracy". En *Journal of Democracy*, Vol. 5, No. 1: 55-69.
- Olivo Espín, Cielito (2008). "Perspectiva Económico Institucional del Control Anticorrupción: El caso Ecuatoriano". *Disertación Diploma Estudios Avanzados*, Universidad Complutense de Madrid.
- Olivo Espín, Cielito (2013). *El Control de la Corrupción como ámbito de política a partir de la Comisión de Control Anticorrupción del Ecuador, 1997 -2008*. Tesis Maestría en Políticas Públicas, FACSO Ecuador.
- Pareto, Vilfredo (1935). *The Mind and Society*. Nueva York: Harcourt Brace and Company.
- Parsons, Wayne (2007). *Políticas públicas. Una introducción a la teoría y la práctica del análisis de políticas públicas*, FLACSO Mexico.
- Paz y Miño Cepeda, Juan (2006). "Ecuador: Una Democracia Inestable". *Historia Actual Online* No.11: 89-99.

- Pérez-Liñán, Aníbal (2008). “Instituciones, coaliciones callejeras e inestabilidad política: perspectivas teóricas sobre las crisis presidenciales”. *América Latina hoy Revista de Ciencias Sociales*, No. 49: 105-126.
- Peruzzotti, Enrique y Smulovitz, Catalina (2002), “Accountability social: la otra cara del control”, pp. 23-52, en *Controlando la Política. Ciudadanos y medios en las nuevas democracias latinoamericanas*, E. Peruzzotti y C. Smulovitz (editores), Buenos Aires.
- Peters, Guy B. (2003). *El nuevo institucionalismo. Teoría institucional en Ciencia Política*. Barcelona: Editorial Gedisa.
- Pindyck, Robert S. y Daniel L. Rubinfeld (2001), *Microeconomía*, Quinta Edición, Pearson Educación S.A., Madrid.
- Pierson, Paul y Theda Skocpol (2008). “El institucionalismo histórico en la Ciencia Política contemporánea”. *Revista Uruguaya de Ciencia Política*, Vol. 17 N°1: 7-38.
- Polinsky and Shavell (2007), “The Theory of Public Enforcement of Law”, *Handbook of Law and Economics*, Volume I.
- Posner, Richard A. (1998). *El análisis económico del derecho*. México: Fondo de Cultura Económica.
- Quiroz, Alfonso y Raúl (1970). *El Costo Social del delito en México*, Ediciones Botas México, Primera Edición.
- Ramírez Gallegos, Franklin (2011). “Participación, desconfianza política y transformación estatal. La innovación participativa en la Constitución ecuatoriana 2008”. En *Estado del país, informe cero, Ecuador 1950-2010*. Quito: FLACSO, ESPOL, PUCE, Universidad de Cuenca, Contrato Social por la Educación y ODNA.
- Rivera Beiras, Iñaki (Coord) y otros (Barcelona 2005), *Política Criminal y Sistema Penal. Viejas y nuevas racionalidades punitivas*. Anthropos Editorial y Observatorio del Sistema Penal y los Derechos Humanos de la Universidad de Barcelona.
- Roth Deubel, Andre-Noël ed (2010). *Enfoques para el análisis de las políticas públicas*. Bogotá: Universidad Nacional de Colombia.
- Salomon, Lester (2000). “The New Governance and the Tools of Public Action: An Introduction”. *Fordham Urban Law Journal*, Volume 28, Issue 5: 1611-1674.

- Seligson, Mitchell A (2008), Editor General, y otros autores, Cultura política de la democracia en Ecuador, 2008: El impacto de la gobernabilidad, estudio realizado con el patrocinio del programa de Democracia y Gobierno de la Agencia de los Estados Unidos para el Desarrollo Internacional en Ecuador, USAID.
- Seligson, Mitchell A (2008), Editor, Desafíos para la democracia en Latinoamérica y el Caribe: Evidencia desde el Barómetro de las Américas, 2006 – 2007, estudio realizado con el patrocinio del programa de Democracia y Gobierno de la Agencia de los Estados Unidos para el Desarrollo Internacional, USAID, Marzo.
- Shleifer, A., y Vishny, R. (1993): “Corruption”, *The Quarterly Journal of Economics*, 108(3): 599-617.
- Shweers Cook, Karen and Margaret Levi (1990). University of Chicago, *The limits of Rationality*, The University of Chicago Press, LTD. London.
- Stigler, George Joseph (1971). “The Theory of Economic Regulation.” *Bell Journal of Economics and Management Science*, Spring.
- Thomas, M.A. y Meagher, P. (2004): “A corruption primer: an overview of concepts in the corruption literature”, IRIS Discussion Paper 04/03.
- Thoening, Jean Claude (1997). “Política Pública y Acción Pública” en *Gestión y política pública*, Vol. VII No.1: 19-37
- Tullock, Gordon (1967). "The Welfare Costs of Tariffs, Monopolies, and Theft". *Western Economic Journal* 5 (3): 224–232.
- Uribe Terán, Carlos Andrés (2010). “Corruption Networks: A Social Network Theory and Game Theory Approach”. Disertación de Maestría, FLACSO-Ecuador.
- Von Mises, Ludwig (2001). *La acción humana: Tratado de Economía* (6ª Edición). Madrid: Unión Editorial S.A.
- Williamson, O.E. (2000), “The New Institutional Economics: Taking Stock, Looking Ahead”, *The Journal of Economic Literature*, Vol. 38, No. 3, pp. 595-613.

ARTICULOS ELECTRONICOS

- Bingyuan Hsiung, “Economic Analysis of Law: An Inquiry of Its Underlying Logic.”
Extraído de la Pág. Web: www.eler.org
- Carlos Peña González, “El análisis económico de las instituciones legales.”

- Extraído de la Pág. Web: www.eumed.net
- Gonzalo Caballero, "Instituciones e Historia Económica: Enfoques y Teorías Institucionales", Revista de economía institucional, volumen 6, número 10, Bogotá June 2004. Extraído de la Pág. Web: www.scielo.org.co
- Jesús Alfaro Águila - Real, "Los Costes de Transacción."
- Extraído de la Pág. Web: <http://portal.uam.es>
- Jesús Alfaro Aguila – Real, "Los juristas -españoles- y el análisis económico del derecho", Facultad de Derecho, Universidad Autónoma de Madrid, Barcelona, enero 2007.
- Extraído de la Pág. Web: www.indret.com
- Juan Carlos Bayón, "Eficacia e Inalienabilidad", Doxa 15-16
- Juan J. Paz y Miño Cepeda, "Ecuador: Una Democracia Inestable", Pontificia Universidad Católica de Ecuador, Ecuador, Publicación Online: 15 Octubre 2006.
- Extraído de la Pág. Web: www.historia-actual.com
- Ma. J. Calle, R. Gómez, T. Gómez, L.F. de la Macorra, M.A. Molina, E. Moral, A. Muñoz, I. Rodríguez y Ma. Rubio, "G.J. Stigler: Un nobel para la Microeconomía."
- Extraído de la Pág. Web: <http://externos.uma.es>
- Siegfried Lamnek, Teorías de la Criminalidad
- Shleifer, A., y Vishny, R. (1993): "Corruption", The Quarterly Journal of Economics, 108(3): 599-617.
- Extraído de la Pág. Web: <http://www.economics.harvard.edu>
- Diccionario de Acción Humanitaria y Cooperación al Desarrollo. Artículo electrónico
- Extraído de la Pág. Web: <http://dicc.hegoa.efaber.net>

INFORMES INSTITUCIONALES Y OTROS

- Boletines de Prensa 1998-2008, Archivo Comisión de Control Cívico de la Corrupción.
- Corrupción e impunidad: dos caras de la misma moneda. Publicación de la Comisión de Control Cívico de la Corrupción. Quito, 2008.
- Informe institucional: Una década de prevenir y combatir la corrupción. Publicación de la Comisión de Control Cívico de la Corrupción. Quito, 2007

Informes institucionales de gestión del Consejo de Participación Ciudadana y Control Social 2010 -2015.

Informes institucionales de gestión de la Contraloría General del Estado 1998 – 2012

Informe del Ecuador, aprobado en el año 2013, sobre el proceso de seguimiento y evaluación de la Implementación de la Convención Interamericana contra la Corrupción en el país, realizado dentro de la Cuarta Ronda de Análisis de su mecanismo de seguimiento, MESICIC.

Transparencia Internacional, Encuesta Nacional de Corrupción y Buen Gobierno del Ecuador, 2007.

Transparencia Internacional, Informe Global de la Corrupción 2001, 2002, 2003, 2004, 2005, 2006, 2007, 2008

NORMATIVA Y LEYES

Constitución Política de la República del Ecuador, publicada en el Registro Oficial 1 de 11 de agosto del 1998.

Constitución de la República del Ecuador. Publicada en el Registro Oficial No. 449 de 20 de octubre de 2008.

Código de Procedimiento Penal Ecuatoriano, publicado en el Registro Oficial Suplemento 360 de 13 de enero del 2000.

Código Penal Ecuatoriano, publicado en el Registro Oficial Suplemento 147 de 22 de enero de 1971.

Código Integral Penal ecuatoriano, publicado en el Registro Oficial N° 180, de 10 de febrero de 2014.

APÉNDICE Nº 1 **RESULTADOS ENCUESTA NACIONAL DE CORRUPCIÓN Y BUEN GOBIERNO,** **ENCBG, APLICADA EN ECUADOR**

INDICE NACIONAL DE CORRUPCIÓN Y BUEN GOBIERNO POR SERVICIO

¿ALGUNA VEZ usted o algún miembro del hogar ha tenido que pagar un soborno para....	Personas que han utilizado este servicio	Porcentaje de casos en que se pagó un soborno	Monto promedio pagado
obtener un pasaporte ?	490	17.1%	\$409.6
realizar una denuncia en el Ministerio Público o lograr que se le dé seguimiento a una denuncia presentada?	131	16.0%	\$207.7
obtener un permiso para trabajar o vender en la vía pública?	163	15.3%	\$60.8
obtener un Permiso de Aprobación de Planos o Permiso de Construcción?	413	12.9%	\$114.6
obtener la cédula militar o el permiso militar de salida del país?	468	11.8%	\$24.0
regularizar la provisión de servicios como agua, servicio eléctrico, servicio telefónico, etc?	808	11.5%	\$35.3
obtener una línea de fábrica?	249	9.4%	\$177.8
obtener un crédito o préstamo en el IESS?	307	8.2%	\$70.3
obtener un crédito o préstamo en el Banco Nacional de Fomento?	147	5.5%	\$190.7
incorporarse a programas como el Bono de Desarrollo Humano, el 5-5-5, o el Bono de la Vivienda?	235	3.0%	\$251.7

INDICE NACIONAL DE CORRUPCIÓN Y BUEN GOBIERNO POR SERVICIO

¿EN LOS ÚLTIMOS DOCE MESES usted o algún miembro del hogar ha tenido que pagar un soborno para....	Personas que han utilizado este servicio	Porcentaje de casos en que se pagó un soborno	Monto promedio pagado
impedir que un policía de tránsito se lleve su carro a los patios de la Policía?	203	59.1%	\$72.4
evitar ser multado (a) o detenido (a) por un policía de tránsito?	245	53.9%	\$83.4
obtener o acelerar la obtención de un acta o certificado de nacimiento, defunción, matrimonio o divorcio en el Registro Civil?	788	24.9%	\$28.2
regularizar cualquier trámite de su vehículo: automóvil, camioneta, motocicleta o camión (cambio de dueño, matrícula, etc.)?	401	24.6%	\$138.3
obtener la licencia de manejo?	387	18.3%	\$71.7
aprobar la revisión vehicular (nacional)?	305	17.8%	\$43.8
conseguir que se atendiera urgentemente a un paciente o que se lo ingrese antes de lo programado en una clínica u hospital público?	332	11.5%	\$106.8
solicitar permisos para instalar un negocio propio o establecimiento?	245	9.8%	\$66.7
obtener constancias de estudios o exámenes en escuelas o colegios públicos?	432	9.7%	\$186.9
obtener servicio telefónico estatal?	509	8.5%	\$50.0
realizar un trámite para el ingreso a una universidad, colegio o escuela estatal?	456	5.1%	\$44.5
presentar su carpeta para trabajar en el Gobierno?	88	4.6%	\$3,003.1
realizar el pago del impuesto predial?	581	1.6%	\$26.4

**El Índice registra MAYOR
recurrencia en:**

- Jefes de hogar jóvenes: 17.6%
- Jefes de hogar con nivel de escolaridad Superior: 17.9%
- Jefes de hogar con ingresos medio-alto (de \$1500 a \$2499): 20.1%

**El Índice registra MENOR
recurrencia en:**

- Jefes de hogar mayores: 15%
- Jefes de hogar con nivel de escolaridad Básico: 13.5%
- Jefes de hogar con menores ingresos (menos de \$400): 8.9%

Fuente: Transparencia Internacional, ENCBG 2007

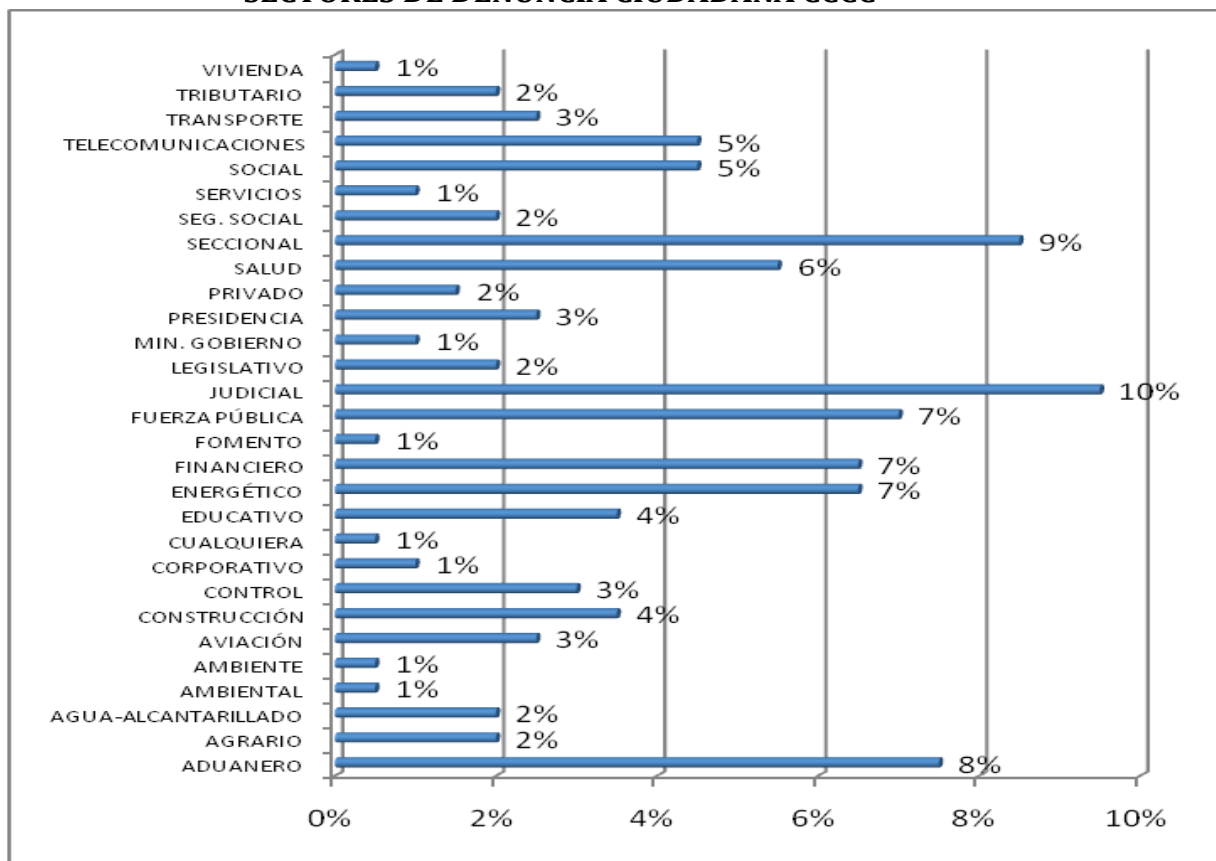
APÉNDICE Nº 2

RESULTADOS ACCIÓN INSTITUCIONAL DE LA COMISIÓN DE CONTROL CÍVICO DE LA CORRUPCIÓN, CCCC



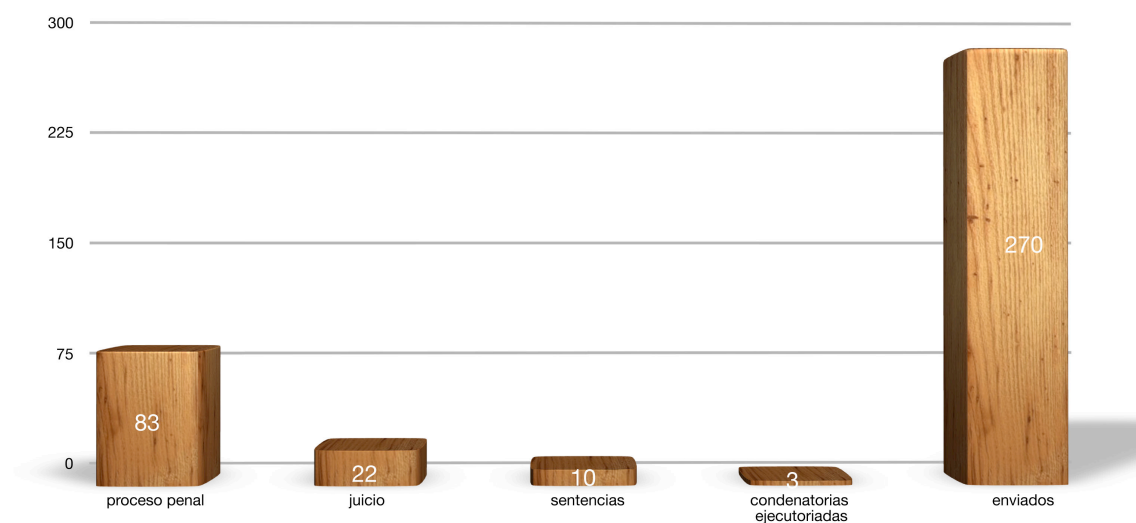
Fuente: Elaboración Propia, tomada de Olivo, 2013

SECTORES DE DENUNCIA CIUDADANA CCCC



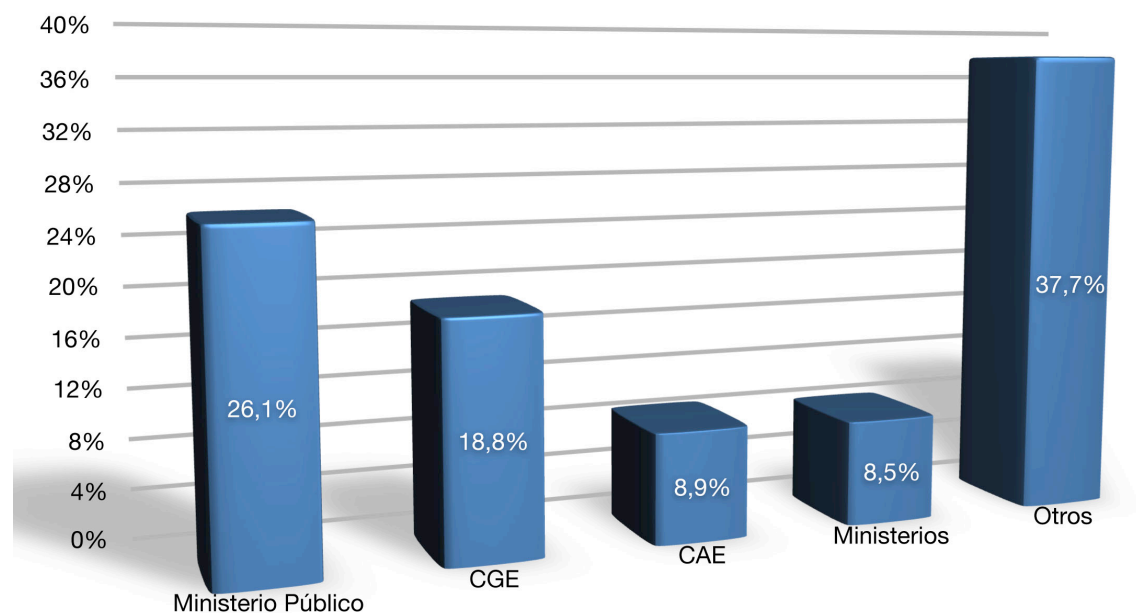
Fuente: Informes institucionales CCCC. Elaboración propia.

APÉNDICE Nº 3 RESULTADOS JUZGAMIENTO CASOS CCCC



Fuente: Comisión de Control Cívico de la Corrupción, documento Corrupción e Impunidad 2008.

INDICIOS DE RESPONSABILIDAD REMITIDOS



Fuente: Comisión de Control Cívico de la Corrupción, documento Corrupción e Impunidad 2008.

APÉNDICE N° 4
MAGNITUD DE LA PENA DELITOS DE COHECHO, CONCUSIÓN Y ENRIQUECIMIENTO ILÍCITO

DELITO DE COHECHO

Código Penal Ecuatoriano 1971, con Reforma incorporada por el artículo 66 de Ley No. 75, publicada en Registro Oficial 635, de 7 de Agosto del 2002.	Código Integral Penal ecuatoriano, publicado en el Registro Oficial N° 180, de 10 de febrero de 2014.
<p>Código Penal Ecuatoriano 1971: Delito de cohecho.</p> <p>Art. 285.- Todo funcionario público y toda persona encargada de un servicio público que aceptaren oferta o promesa, o recibieren dones o presentes para ejecutar un acto de su empleo u oficio, aunque sea justo, pero no sujeto a retribución, serán reprimidos con prisión de 6 meses a 3 años y multa de 8 a 16 dólares de los Estados Unidos de Norte América, a más de la restitución del duplo de lo que hubieren percibido.</p> <p>Serán reprimidos con prisión de 1 a 5 años y multa de 6 a 31 dólares de los Estados Unidos de Norte América, a más de restituir el triple de lo percibido, si han aceptado ofertas o promesas, o recibido dones o presentes, bien sea por ejecutar en el ejercicio de su empleo u oficio un acto manifiestamente injusto; bien para abstenerse de ejecutar un acto de su obligación.”</p> <p>“Art. 290.- Los que hubieren compelido por violencias o amenazas, corrompido por promesas, ofertas, dones o presentes , a un funcionario público a un jurado, árbitro o componedor, o a una persona encargada de un servicio público, para obtener un acto de su empleo u oficio aunque fuera justo, pero no sujeto a retribución, o la omisión de un acto correspondiente al orden de sus deberes, serán reprimidos con las mismas penas que el funcionario, jurado, árbitro o componedor culpados de haberse dejado cohechar.”</p> <p>“Art. 291.- No se restituirán al corruptor, en ningún caso, las cosas entregadas por él, ni su valor; y serán comisadas y puestas a disposición del Presidente de la República, para que las destine a los establecimientos de asistencia pública que juzgue conveniente.”</p>	<p>Código Integral Penal del Ecuador, vigente desde el 2014</p> <p>Artículo 280.- Cohecho.- Las o los servidores públicos y las personas que actúen en virtud de una potestad estatal en alguna de las instituciones del Estado, enumeradas en la Constitución de la República, que reciban o acepten, por sí o por interpuesta persona, beneficio económico indebido o de otra clase para sí o un tercero, sea para hacer, omitir, agilizar, retardar o condicionar cuestiones relativas a sus funciones, serán sancionados con pena privativa de libertad de uno a tres años. Si la o el servidor público, ejecuta el acto o no realiza el acto debido, será sancionado con pena privativa de libertad de tres a cinco años.</p> <p>Si la conducta descrita es para cometer otro delito, la o el servidor público, será sancionado con pena privativa de libertad de cinco a siete años. La persona que bajo cualquier modalidad ofrezca, dé o prometa a una o a un servidor público un donativo, dádiva, promesa, ventaja o beneficio económico indebido u otro bien de orden material para hacer, omitir, agilizar, retardar o condicionar cuestiones relativas a sus funciones o para cometer un delito, será sancionada con las mismas penas señaladas para los servidores públicos.</p>

APÉNDICE N° 4 MAGNITUD DE LA PENA DELITOS DE COHECHO, CONCUSIÓN Y ENRIQUECIMIENTO ILÍCITO

DELITO DE CONCUSIÓN

<p>Código Penal ecuatoriano 1971, Inciso penúltimo reformado por Ley No. 105, publicada en Registro Oficial 365 de 21 de Julio de 1998 y posterior reforma incorporada por el artículo 62 de Ley No. 75, publicada en Registro Oficial 635 de 7 de Agosto del 2002.</p>	<p>Código Integral Penal ecuatoriano, publicado en el Registro Oficial N° 180, de 10 de febrero de 2014.</p>
<p>Código Penal Ecuatoriano 1971: Delito de concusión</p> <p>Art. 264.- Los empleados públicos o las personas encargadas de un servicio público que se hubieren hecho culpables de concusión, mandando percibir, exigiendo o recibiendo lo que sabían que no era debido por derechos, cuotas, contribuciones, rentas o intereses, sueldos o gratificaciones, serán reprimidos con prisión de dos meses a cuatro años.</p> <p>La pena será de prisión de dos a seis años, si la concusión ha sido cometida con violencias o amenazas.</p> <p>Esta pena será aplicable a los prelados, curas u otros eclesiásticos que exigieren de los fieles, contra la voluntad de éstos, diezmos, primicias, derechos parroquiales, o cualesquiera otras obligaciones que no estuvieren autorizadas por la Ley civil.</p> <p>Las infracciones previstas en este artículo y en los tres precedentes serán reprimidas, además, con multa de cuarenta dólares de los Estados Unidos de Norte América y con la restitución del cuádruplo de lo que hubieren percibido.</p> <p>Estas penas serán también aplicadas a los agentes o descendientes oficiales de los empleados públicos y de toda persona encargada de un servicio público, según las distinciones arriba establecidas.</p>	<p>Código Integral Penal ecuatoriano, vigente desde el 2014</p> <p>Art. 281.- Concusión.- Las o los servidores públicos y las personas que actúen en virtud de una potestad estatal en alguna de las instituciones del Estado, determinadas en la Constitución de la República, sus agentes o dependientes oficiales que abusando de su cargo o funciones, por sí o por medio de terceros, ordenen o exijan la entrega de derechos, cuotas, contribuciones, rentas, intereses, sueldos o gratificaciones no debidas, serán sancionados con pena privativa de libertad de tres a cinco años.</p> <p>Si la conducta prevista en el inciso anterior se realiza mediante violencias o amenazas, la o el servidor público, será sancionado con pena privativa de libertad de cinco a siete años.</p>

APÉNDICE N° 4 MAGNITUD DE LA PENA DELITOS DE COHECHO, CONCUSIÓN Y ENRIQUECIMIENTO ILÍCITO

DELITO DE ENRIQUECIMIENTO ILÍCITO	
<p>Capítulo incorporado por el Art. 2 de la Ley No. 6, publicada en Registro Oficial Suplemento 260 de 29 de Agosto de 1985 y sustituido por Ley No. 47, publicada en Registro Oficial 422 de 28 de Septiembre del 2001.</p>	<p>Código Integral Penal ecuatoriano, publicado en el Registro Oficial N° 180, de 10 de febrero de 2014.</p>
<p>Código Penal Ecuatoriano 1971:</p> <p>CAPITULO VIII Del Enriquecimiento Ilícito</p> <p>Art. ...- Constituye enriquecimiento ilícito el increment injustificado del patrimonio de una persona, producido con ocasión o como consecuencia del desempeño de un cargo o función pública, que no sea el resultado de sus ingresos legalmente percibidos.</p> <p>Art. ... - El enriquecimiento ilícito se sancionará con la pena de dos a cinco años de prisión y la restitución del duplo del monto del enriquecimiento ilícito, siempre que no constituya otro delito.</p>	<p>Código Integral Penal del Ecuador, vigente desde el 2014</p> <p>Artículo 279.- Enriquecimiento ilícito.- Las o los servidores públicos y las personas que actúen en virtud de una potestad estatal en alguna de las instituciones del Estado, determinadas en la Constitución de la República, que hayan obtenido para sí o para terceros un incremento patrimonial injustificado a su nombre o mediante persona interpuesta, producto de su cargo o función, superior a cuatrocientos salarios básicos unificados del trabajador en general, serán sancionados con pena privativa de libertad de siete a diez años.</p> <p>Se entenderá que hubo enriquecimiento ilícito no solo cuando el patrimonio se ha incrementado con dinero, cosas o bienes, sino también cuando se han cancelado deudas o extinguido obligaciones.</p> <p>Si el incremento del patrimonio es superior a doscientos y menor a cuatrocientos salarios básicos unificados del trabajador en general, la pena privativa de libertad será de cinco a siete años.</p> <p>Si el incremento del patrimonio es hasta doscientos salarios básicos unificados del trabajador en general, la pena privativa de libertad será de tres a cinco años.</p>

APÉNDICE N° 5
VARIACIONES MAGNITUD DE LA PENA DELITO DE PECULADO

Período de análisis I	
Reforma Decreto Legislativo s/n, publicado en Registro Oficial 36 de 1 de Octubre de 1979. (Art. 3)	Ley No. 93, publicada en Registro Oficial Suplemento 764 de 22 de Agosto de 1995 (Art. 31)
<p>Delito y norma:</p> <ul style="list-style-type: none"> Peculado: artículo 257 incorporado al Código Penal de 1971 por reforma de 1977. <p>Pena:</p> <ul style="list-style-type: none"> Reclusión mayor ordinaria de cuatro a ocho años Pena agravada en caso de fondos defensa nacional: de ocho a doce años. Incapacidad perpetua para el desempeño de todo cargo o función públicos La acción penal prescribirá en el doble del tiempo señalado en el artículo 101. <p>Actores:</p> <ul style="list-style-type: none"> Los servidores de los organismos y entidades del sector público y toda persona encargada de un servicio público Los servidores que manejen fondos del Instituto Ecuatoriano de Seguridad Social o de los bancos estatales y privados. Los servidores de la Contraloría General y de la Superintendencia de Bancos que hubieren intervenido en fiscalizaciones, auditorías o exámenes especiales <p>Acción:</p> <ul style="list-style-type: none"> Abuso de dineros públicos o privados, de efectos que los representen, piezas, títulos, documentos o efectos mobiliarios que estuvieren en su poder en virtud o razón de su cargo; ya consista el abuso en desfalco, malversación, disposición arbitraria o cualquier otra forma semejante. Se entenderá por malversación la aplicación de fondos a fines distintos de los previstos en el presupuesto respectivo, cuando este hecho implique además, abuso en provecho personal o de terceros, con fines extraños al servicio público. Emisión de fiscalizaciones, auditorías o exámenes especiales, por servidores de la Contraloría General y de la Superintendencia de Bancos, siempre que los informes implicaren complicidad o encubrimiento en el delito que se pesquisa. <p>Ejecución de sanciones:</p> <ul style="list-style-type: none"> Oficina Nacional de Personal lleva el registro en que consten los nombres de los sentenciados. 	<p>Delito y norma:</p> <p>Art. 31.- Agréguese en el artículo 257 del Código Penal el siguiente inciso:</p> <p>“Art. ... con la misma pena serán sancionados los servidores de la Dirección General de Rentas y los servidores de aduanas que hubieren intervenido en Actos de Determinación.”</p>

APÉNDICE Nº 5
VARIACIONES MAGNITUD DE LA PENA DELITO DE PECULADO

Período de análisis II		
Reforma Decreto Legislativo s/n, publicado en Registro Oficial 36 de 1 de Octubre de 1979. (Art. 3) Delito y norma: Peculado: artículo 257 incorporado al Código Penal de 1971 por reforma de 1977.	Ley No. 26, publicada en Registro Oficial 190 de 13 de Mayo de 1999 (Art. 19) *Reforma relativa a los sujetos	Ley No. 47, publicada en Registro Oficial 422 de 28 de Septiembre del 2001 (Art. 17) Delito y norma: Peculado: artículo 257 incorporado al Código Penal de 1971 por reforma de 1977. *Reforma relativa a la pena
Pena: 1.- Reclusión mayor ordinaria de cuatro a ocho años 2.- Pena agravada en caso de fondos defensa nacional: de ocho a doce años. 3.- Incapacidad perpetua para el desempeño de todo cargo o función públicos 4.- La acción penal prescribirá en el doble del tiempo señalado en el artículo 101. Sujetos: 1.- Los servidores de los organismos y entidades del sector público y toda persona encargada de un servicio público 2.- Los servidores que manejen fondos del Instituto Ecuatoriano de Seguridad Social o de los bancos estatales y privados. 3.- Los servidores de la Contraloría General y de la Superintendencia de Bancos que hubieren intervenido en fiscalizaciones, auditorías o exámenes especiales 4.- Los servidores de la Dirección General de Rentas y los servidores de aduanas que hubieren intervenido en Actos de Determinación.	Art 19.- A continuación del tercer inciso del artículo 257 del Código Penal, añádase el siguiente inciso: “También están comprendidos en las disposiciones de este artículo los funcionarios, administradores, ejecutivos o empleados de las instituciones del sistema financiero nacional privado, así como los miembros o vocales de los directorios y de los consejos de administración de estas entidades, que hubiesen contribuido al cometimiento de estos ilícitos.	Pena: 1.- Reclusión mayor ordinaria de ocho a doce años 2.- Pena agravada en caso de fondos defensa nacional: de doce a dieciséis años . 3.- Incapacidad perpetua para el desempeño de todo cargo o función públicos 4.- La acción penal prescribirá en el doble del tiempo señalado en el artículo 101. Sujetos: 1.- Los servidores de los organismos y entidades del sector público y toda persona encargada de un servicio público 2.- Los servidores que manejen fondos del Instituto Ecuatoriano de Seguridad Social o de los bancos estatales y privados. 3.- Los servidores de la Contraloría General y de la Superintendencia de Bancos que hubieren intervenido en fiscalizaciones, auditorías o exámenes especiales 4.- Los servidores de la Dirección General de Rentas y los servidores de aduanas que hubieren intervenido en Actos de Determinación.

<p>Acción: 1.- Abuso de dineros públicos o privados, de efectos que los representen, piezas, títulos, documentos o efectos mobiliarios que estuvieren en su poder en virtud o razón de su cargo; ya consista el abuso en desfalco, malversación, disposición arbitraria o cualquier otra forma semejante. Se entenderá por malversación la aplicación de fondos a fines distintos de los previstos en el presupuesto respectivo, cuando este hecho implique además, abuso en provecho personal o de terceros, con fines extraños al servicio público. 2.- Emisión de fiscalizaciones, auditorías o exámenes especiales, por servidores de la Contraloría General y de la Superintendencia de Bancos, siempre que los informes implicaren complicidad o encubrimiento en el delito que se pesquisa. Ejecución de sanciones: Oficina Nacional de Personal lleva el registro en que consten los nombres de los sentenciados.</p>		<p>5.- Los funcionarios, administradores, ejecutivos o empleados de las instituciones del sistema financiero nacional privado, así como los miembros o vocales de los directorios y de los consejos de administración de estas entidades, que hubiesen contribuido al cometimiento de estos ilícitos.²²² Acción: 1.- Abuso de dineros públicos o privados, de efectos que los representen, piezas, títulos, documentos, bienes muebles o inmuebles que estuvieren en su poder en virtud o razón de su cargo, ya consista el abuso en desfalco, disposición arbitraria o cualquier otra forma semejante. Se entenderá por malversación la aplicación de fondos a fines distintos de los previstos en el presupuesto respectivo, cuando este hecho implique, además, abuso en provecho personal o de terceros, con fines extraños al servicio público. 2.- Emisión de fiscalizaciones, auditorías o exámenes especiales, por servidores de la Contraloría General y de la Superintendencia de Bancos, siempre que los informes implicaren complicidad o encubrimiento en el delito que se pesquisa. Ejecución de sanciones: La Dirección Nacional de Personal lleva un registro en que consten los nombres de los sentenciados.</p>
---	--	---

²²² Reforma incorporada por la Ley No. 26, publicada en Registro Oficial 190 de 13 de Mayo de 1999 (Art. 19)

APÉNDICE Nº 5 VARIACIONES MAGNITUD DE LA PENA DELITO DE PECULADO

PERIODO II

Código Integral Penal ecuatoriano, publicado en el Registro Oficial Nº 180, de 10 de febrero de 2014.

Delitos contra la eficiencia de la administración pública

Art. 278.- Peculado.- Las o los servidores públicos y las personas que actúen en virtud de una potestad estatal en alguna de las instituciones del Estado, determinadas en la Constitución de la República, en beneficio propio o de terceros; abusen, se apropien, distraigan o dispongan arbitrariamente de bienes muebles o inmuebles, dineros públicos o privados, efectos que los representen, piezas, títulos o documentos que estén en su poder en virtud o razón de su cargo, serán sancionados con pena privativa de libertad de **diez a trece años**.

Si los sujetos descritos en el primer inciso utilizan, en beneficio propio o de terceras personas, trabajadores remunerados por el Estado o por las entidades del sector público o bienes del sector público, cuando esto signifique lucro o incremento patrimonial, serán sancionados con pena privativa de libertad de **cinco a siete años**.

La misma pena se aplicará cuando los sujetos descritos en el primer inciso se aprovechen económicamente, en beneficio propio o de terceras personas, de estudios, proyectos, informes, resoluciones y más documentos, calificados de secretos, reservados o de circulación restringida, que estén o hayan estado en su conocimiento o bajo su dependencia en razón o con ocasión del cargo que ejercen o han ejercido.

Son responsables de peculado las o los funcionarios o servidores públicos, las o los funcionarios, administradores, ejecutivos o empleados de las instituciones del **Sistema Financiero Nacional** que realicen actividades de intermediación financiera, así como los miembros o vocales de los directorios y de los consejos de administración de estas entidades, que con abuso de las funciones propias de su cargo: a) dispongan fraudulentamente, se apropien o distraigan los fondos, bienes, dineros o efectos privados que los representen; b) hubiesen ejecutado dolosamente operaciones que disminuyan el activo o incrementen el pasivo de la entidad; o, c) dispongan de cualquier manera el congelamiento o la retención arbitraria o generalizada de los fondos o depósitos en las instituciones del Sistema Financiero Nacional, causando directamente un perjuicio económico a sus socios, depositarios, cuenta partícipes o titulares de los bienes, fondos o dinero. En todos estos casos serán sancionados con pena privativa de libertad de **diez a trece años**.

Si los sujetos descritos en el inciso precedente causan la quiebra fraudulenta de entidades del Sistema Financiero Nacional, serán sancionados con pena privativa de libertad de diez a trece años.

La persona que obtenga o conceda **créditos vinculados**, relacionados o intercompañías, violando expresas disposiciones legales respecto de esta clase de operaciones, en perjuicio de la Institución Financiera, será sancionada con pena privativa de libertad de **siete a diez años**.

La misma pena se aplicará a los beneficiarios que intervengan en el cometimiento de este ilícito y a la persona que preste su nombre para beneficio propio o de un tercero, aunque no posea las calidades previstas en el inciso anterior.

Las o los sentenciados por las conductas previstas en este artículo quedarán incapacitados o **incapacitados de por vida**, para el desempeño de todo cargo público, todo cargo en entidad financiera o en entidades de la economía popular y solidaria que realicen intermediación financiera.

APÉNDICE Nº 6

CASOS EMBLEMÁTICOS DENUNCIADOS POR LA CCCC. PERÍODO 1998²²³

I. Caso “Piponazgo Congreso Nacional”. Administración Presidencia Fabián Alarcón, 1998.

Durante la primera etapa de la Comisión Anticorrupción, con posterioridad al periodo de prórroga, se marca un hito a partir del cuestionamiento al entonces Presidente de la República Interino, Dr. Fabián Alarcón. Esta denuncia adquiere una relevancia simbólica con gran poder en el imaginario social por cuestionar tanto al Presidente que crea la Comisión Anticorrupción, como por la liberalidad excesiva con la que se administraron los recursos públicos durante su presidencia en el Congreso Nacional.

La irregularidad se produjo en la contratación de personal en el Congreso Nacional, durante el periodo entre el 10 de agosto de 1995 y el 28 de febrero de 1997, en el que se suscribieron dos mil ochenta y nueve contratos excesivos. Este personal no justificaba asistencia o desempeño de funciones²²⁴ y su contratación representó un costo superior a los treinta y dos mil millones de sucres. La denuncia realizada por la Comisión Anticorrupción cuestiona la justificación y validez de las normas que regulaban la contratación del personal legislativo ocasional, durante la administración de Alarcón.

Mediante boletín institucional de 26 de noviembre de 1997, la Comisión Anticorrupción informa a la opinión pública, que “... conoció con preocupación que las normas jurídicas y reglamentarias que rigen la contratación de personal en el Congreso Nacional, son demasiado generosas en cuanto permiten una liberalidad que no se compadece con la alta responsabilidad de los representantes del pueblo.

Este pronunciamiento se reitera mediante boletín público institucional del 8 de abril de 1998, solicitando acciones correctivas: “Comisión confirma piponazgo en el H. Congreso Nacional e irregularidades en el informe de la Contraloría al respecto”, por lo que se solicita “...al Presidente del H. Congreso Nacional, la reconsideración del Reglamento para la contratación del personal legislativo ocasional, por lesivo a los intereses económicos del país y a la imagen de la propia institución”.

El contenido de esta denuncia perfila una característica del comportamiento organizacional de la Comisión en sus pronunciamientos, que va más allá de la aparente legalidad y pasa a cuestionar la pertinencia y justificación de las decisiones públicas, en defensa del interés colectivo.

II. Casos crisis financiera nacional, administración Presidente Jamil Mahuad, 1999.

La etapa de existencia constitucional de la Comisión determinó un periodo de transición, donde la selección de los miembros de la nueva Comisión de Control Cívico de la Corrupción eran designados por el Presidente de la República. En septiembre de 1998, el Dr. Jamil Mahuad designa los miembros de la segunda Comisión y en febrero del 2000 se

²²³ Tomado de Olivo, 2013

²²⁴ Según datos obtenidos de la base institucional de pronunciamientos de la Comisión Anticorrupción, mediante boletín público institucional de 26 de noviembre de 1997, denuncia el caso “Piponazgo en el Congreso”, poniendo en antecedente a la opinión pública, que “... conoció con preocupación que las normas jurídicas y reglamentarias que rigen la contratación de personal en el Congreso Nacional, son demasiado generosas en cuanto permiten una liberalidad que no se compadece con la alta responsabilidad de los representantes del pueblo.”, pronunciamiento que se reitera mediante boletín público institucional de 8 de abril de 1998, “Comisión confirma piponazgo en el H. Congreso Nacional e irregularidades en el informe de la Contraloría al respecto.”, por lo que se solicita “... al Presidente del H. Congreso Nacional.

integra la tercera Comisión conforme el proceso establecido constitucionalmente.

La crisis bancaria de 1999 coincide con la gestión de la tercera Comisión ya integrada por actores de la sociedad civil designados corporativamente, la que se caracteriza por un activismo en el control y denuncia, que coincide con la más grave crisis económica del Ecuador, con un impacto social sin precedentes en la historia ecuatoriana.

La crisis está relacionada directamente con decisiones e instrumentos de política económica atribuibles al Estado y sus administradores, originada en un régimen de desregulación y ausencia de control en el ámbito financiero, que tiene como desenlace el congelamiento bancario y el proceso de dolarización.

Caso gastos de campaña electoral Presidente Mahuad y donación recibida de parte del Banco del Progreso.

En la segunda Comisión y a partir de una denuncia ciudadana, se inicia la investigación de los gastos de campaña del Presidente Mahuad, proceso que concluye en el tercer período de la Comisión. La investigación del caso determinó que la campaña electoral costó aproximadamente 57647 millones de sucres, de los cuales 15639 millones fueron donados por el entonces presidente del Banco del Progreso, Fernando Aspiazú, aporte equivalente al 27 por ciento del total de la campaña.²²⁵

Este caso lidera el proceso de denuncia institucional que precede a la crisis financiera ecuatoriana expresada en el proceso de dolarización como medida de política económica y en la caída del sistema financiero, el congelamiento de los depósitos de todos los ecuatorianos y ecuatorianas y el salvataje de la banca privada a través de la AGD.

Caso Filanbanco y solicitud juicio político contra Fiscal General del Estado, 2002

Los hermanos William y Roberto Isaías Dassum, accionistas del FILANBANCO S.A., son denunciados por operaciones fraudulentas con fondos concedidos por el Banco Central del Ecuador a través de créditos de liquidez, otorgados sin la existencia de garantías reales y suficientes, los que se utilizaron ilícitamente en el otorgamiento de créditos a empresas vinculadas.

Estos hechos fueron denunciados por la Comisión de Control Cívico de la Corrupción, CCCC, a la entonces Ministra Fiscal General del Estado, Dra. Mariana Yépez, el 31 de marzo de 1999. Sin embargo, la inacción del Ministerio Público favorece la salida del país de los hermanos Isaías, retardo en la acción de control que es denunciado por la Comisión y se coloca en el debate público a través de denuncias y cuestionamientos públicos que culminan con una solicitud de juicio político ante el Congreso Nacional en contra de la Ministra Fiscal General.

El caso Filanbanco desata e intensifica el conflicto interinstitucional entre la Comisión y el Ministerio Público, lo que evidencia las diferencias entre las lógicas de control burocrático institucional frente al dinamismo de una lógica articulada a demandas sociales.

Caso “congelamiento bancario” y denuncia penal en contra del ex - Presidente Mahuad. Cronología crisis financiera Ecuador

En el período 1992-2000 la economía registró dos etapas: la primera con Sixto Durán Ballén en 1992, con la aplicación del programa económico que termina en 1995 con la crisis

²²⁵ Boletín de prensa Comisión Anticorrupción. <http://www.explored.com.ec/noticias-ecuador/rehen-de-la-banca-9697.html>

energética, política y guerra con el Perú. Y la segunda, donde ocupan el poder cuatro presidentes desde 1996 al 2000, contexto en el que se produce la crisis bancaria.

La crisis se relaciona con el mercado de capitales y con el efecto de la liberalización financiera y la integración de los mercados mundiales sin una regulación y supervisión adecuada, con la consecuente volatilidad de los flujos financieros.²²⁶

En 1992, empieza un proceso de reformas estructurales y un programa de estabilización de la economía ecuatoriana, cuyo principal objetivo es la disminución de la tasa de inflación, donde se escogió enfrentar los desequilibrios fiscales y externos bajo un eje central que es el control del tipo de cambio nominal. A inicios del periodo se dan medidas sobre los subsidios de los servicios públicos y austeridad del gasto, se corrige el tipo de cambio y se establece un techo máximo para romper las expectativas y anclar los precios domésticos, para en 1994 dar paso a las bandas cambiarias.

En 1994, previo a la crisis bancaria, el número de participantes en el sistema financiero se incrementó con un crecimiento de los depósitos y un “boom” del crédito en la economía ecuatoriana, careciendo la banca de una adecuada supervisión, que se mostró frágil y sucumbió frente a las nuevas condiciones.

De 1995 al 2000 se registró una crisis económica general expresada en altas caídas del PIB y un fuerte deterioro de la estabilidad económica. A finales de 1996, los indicadores del sistema financiero registran un cambio en su tendencia con problemas en algunas entidades, lo que pone a prueba el marco legal e institucional.

El programa iniciado en 1992 contrajo la inflación anual y la dejó en el nivel más bajo de la década en 1995 (22.8 por ciento) pero generó también altas tasas de interés en términos nominales y reales, lo que fue adverso para la sanidad de la cartera de crédito de los bancos.

De 1996 a 1999 se registra la peor crisis, con un crecimiento del PIB inferior al de la población, que en 1999 registra su nivel más bajo, a un 7,3 por ciento. En 1999, el sector externo como un alivio a la crisis, refleja la contracción de las importaciones y el ingreso de capitales de los migrantes ecuatorianos en el exterior (Acosta, López y Villamar, 2005).

En 1998 el sector bancario se ve afectado por el fenómeno del niño, cierre de líneas del exterior por la crisis asiática, problemas de mala supervisión y regulación, se revela el problema de abuso en los créditos a empresas vinculadas y el mal manejo de los riesgos propios del negocio por los administradores.

En ese mismo año el entonces Presidente Mahuad toma como medida la creación de la Agencia de Garantía de Depósitos, AGD, a fin de garantizar los depósitos y la confianza en el sistema financiero. Sin embargo, el problema bancario se manifiesta fuertemente y no se logra detener la desconfianza, por lo que la caída de depósitos continúa.

En 1999, la iliquidez de los bancos es muy grave y en el mes de marzo se enfrenta con un feriado bancario que dura cinco días y el congelamiento por un año del 70 por ciento del total de los depósitos, que representó alrededor de USD 2.000 millones en la banca nacional y USD 1.200 en la banca off shore.²²⁷

²²⁶ Para algunos autores los principales factores de la crisis del Ecuador fueron: grandes déficits de cuenta corriente (a excepción de 1997), fondeo de corto plazo para financiar operaciones de largo plazo (motivados por el diferencial de tasas de interés, deterioro de los términos de intercambio, el ratio de reservas internacionales respecto de emisión registró un importante descenso mientras duró la crisis, la crisis bancaria ocurrió antes de la crisis cambiaria, la presencia de recurrentes crisis políticas que contribuyeron a erosionar la confianza de los inversionistas.

²²⁷ El 6 de mayo de 1999 se inician auditorías internacionales en dos fases: evaluación de los activos de riesgo y evaluar la viabilidad de las instituciones, tres bancos entran en la AGD y cuatro en plan de fortalecimiento, los que finalmente pasaron al control de la AGD como estatales pero operativos, excepto COFIEC que es estatal. A noviembre de 1999 catorce bancos se encontraron en manos del Estado a través de la AGD y uno en manos del BCE, dos de ellos operativos y once bancos cerrados.

En enero del 2000 frente a la posibilidad de una hiperinflación se genera un cambio total en la política económica y se decide el ingreso a un esquema de dolarización para frenar la desestabilización económica.

La cronología de la crisis ubica el caso en los siguientes elementos de análisis:

(1) El uso descontextualizado de la Ley de Seguridad Nacional que sustenta el feriado bancario y el congelamiento de depósitos. Estas normas podían ser aplicadas en necesidades de defensa nacional o para sobrellevar otra clase de emergencias, supuestos no aplicables a la crisis financiera y que evidenciaron la ausencia de procesos técnicos adecuados de supervisión, control y regulación, sin estrategias claras para enfrentar la crisis bancaria.

El congelamiento bancario modificó el régimen de responsabilidad de los propietarios de las instituciones del sistema financiero con un elevado costo social y fiscal, con resultados que se reflejan en comportamientos oportunistas de los agentes que afectaron las principales variables económicas. Esta medida si bien detuvo los retiros masivos fue un freno completo a la actividad económica y consolidó la desconfianza en el sistema.²²⁸

(2) La crisis reflejó problemas de estructuración de políticas económicas de corto, mediano y largo plazo; y las debilidades del proceso de modernización y la desregulación del sector financiero. Esta situación pone al descubierto las debilidades institucionales del sistema previsto por la Ley General del Sistema Financiero, LGISF y la falta de acciones oportunas y de capacidad para llevar a cabo reformas estructurales, con los consecuentes efectos nocivos en la actividad real, lo que adicionalmente tensionó la realidad de la economía ecuatoriana.

(3) Como elemento de análisis jurídico, en el proceso se relaciona la intencionalidad del entonces presidente Mahuad, a partir de la recepción de donaciones para gastos de campaña electoral, provenientes del Banco del Progreso.

En este caso, la Comisión de Control Cívico de la Corrupción asume por primera y única vez una denuncia penal en contra del ex - presidente Mahuad, por haber decretado el congelamiento bancario.

²²⁸ Hasta abril de 1999, ocho bancos registran problemas y pasan a manos de la Agencia de Garantía de Depósitos, AGD (Azuay, Filanbanco, Financorp, Finagro, Occidente, Préstamos, Progreso, Tungurahua), de los cuales el Banco de Préstamos estuvo cerrado y sin protección a los depositantes, quedando treinta y ocho bancos operativos a finales de 1998.

APÉNDICE Nº 7
NORMAS PREJUDICIALIDAD ENJUICIAMIENTO PECULADO Y ENRIQUECIMIENTO
ILÍCITO

Resolución interpretativa de la Corte Nacional de Justicia, 24 de febrero de 2010	Código Integral Penal ecuatoriano, publicado en el Registro Oficial Nº 180, de 10 de febrero de 2014.
<p>Art. 1.- Para el ejercicio de la acción penal pública. esto es, para el inicio de la instrucción fiscal, por los hechos a los que se refiere el artículo 257 del Código Penal, los artículos innumerados agregados a continuación de éste, y los artículos innumerados agregados a continuación del artículo 296 del mismo Código, Capítulo "Del Enriquecimiento Ilícito" incorporado por el artículo 2 de la Ley Nro. 6, publicada en el Suplemento del Registro Oficial Nro. 260 de 29 de agosto de 1985, se requiere el informe previo de la Contraloría General del Estado, en el que se determine indicios de responsabilidad penal.</p> <p>Art. 2.- Para el inicio de la indagación previa, no se requiere el informe expresado en el artículo anterior, pero el fiscal interviniente, tan pronto llegue a su conocimiento, por cualquier medio, hechos presumiblemente constitutivos de peculado y enriquecimiento ilícito debe solicitar a la Contraloría General del Estado, la práctica de la auditoria gubernamental sobre tales hechos. así como la remisión del informe respectivo que, de establecer indicios de responsabilidad penal, da lugar al inicio de la instrucción fiscal.</p>	<p>Art. 16.- Ámbito temporal de aplicación.- Los sujetos del proceso penal y las o los juzgadores observarán las siguientes reglas:</p> <ol style="list-style-type: none"> 1. Toda infracción será juzgada y sancionada con arreglo a las leyes vigentes al momento de su comisión. 2. Se aplicará la ley penal posterior más benigna sin necesidad de petición, de preferencia sobre la ley penal vigente al tiempo de ser cometida la infracción o dictarse sentencia. 3. El ejercicio de la acción y las penas prescribirán de conformidad con este Código. 4. Las infracciones de agresión a un Estado, genocidio, lesa humanidad, crímenes de guerra, desaparición forzada de personas, peculado, cohecho, concusión, enriquecimiento ilícito y las acciones legales por daños ambientales son imprescriptibles tanto en la acción como en la pena. <p>Artículo 581.- Formas de conocer la infracción penal.- Sin perjuicio de que la o el fiscal inicie la investigación, la noticia sobre una infracción penal podrá llegar a su conocimiento por:</p> <ol style="list-style-type: none"> 1. Denuncia: Cualquier persona podrá denunciar la existencia de una infracción ante la Fiscalía, Policía Nacional, o personal del Sistema integral o autoridad competente en materia de tránsito. Los que directamente pondrán de inmediato en conocimiento de la Fiscalía. 2. Informes de supervisión: Los informes de supervisión que efectúan los órganos de control deberán ser remitidos a la Fiscalía. 3. Providencias judiciales: Autos y sentencias emitidos por las o los jueces o tribunales. <p>Para el ejercicio de la acción penal, por los delitos de peculado y enriquecimiento ilícito, constituye un presupuesto de procedibilidad que exista un informe previo sobre indicios de la responsabilidad penal emitido por la Contraloría General del Estado.</p>

APÉNDICE Nº 8

MECANISMOS DE PARTICIPACIÓN Y CONTROL SOCIAL

PERÍODO 2008

Mecanismos de democracia directa²²⁹

Ambito normativo	Iniciativa popular normativa ²³⁰
Consultivos	<p>Consulta popular²³¹</p> <p>Consulta popular para convocatoria a Asamblea Constituyente²³²</p> <p>Consulta popular para conformar circunscripciones territoriales de comunas, comunidades, pueblos y nacionalidades indígenas, afroecuatorianas o montubias²³³.</p> <p>Consulta Previa²³⁴</p> <p>Consulta previa, libre e informada</p> <p>Consulta ambiental a la comunidad</p> <p>Consulta prelegislativa²³⁵</p> <p>Referéndum²³⁶</p>

²²⁹ Constitución de la República del Ecuador: Art. 61, nums. 3, 4, 6; Art. 95, inciso segundo; Arts. 106 y Art. 107
Ley Orgánica de Participación Ciudadana: Art. 5

²³⁰ Constitución de la República del Ecuador: Arts. 103, 134, 137, inciso 2, 442

Ley Orgánica de Participación Ciudadana: Capítulo I del Título II

Código Orgánico de Organización Territorial, Autonomía y Descentralización: Arts. 303, 309

Ley Orgánica Electoral y de Organizaciones Políticas de la República del Ecuador, Código de la Democracia: Arts. 182, 184, 187 Y 189.

Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional: Art. 126

²³¹ Constitución de la República del Ecuador: Art. 104, Art. 45, incisos segundo y tercero, Art. 245, inciso cuarto, Arts. 398, 407, 438, num. 2.

Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional: Arts. 127; 133, num. 2

²³² Constitución de la República del Ecuador: Art. 444

²³³ Código Orgánico de Organización Territorial, Autonomía y Descentralización: Art. 95.

²³⁴ Constitución de la República: Arts. 57, num. 7; 398

Ley Orgánica de Participación Ciudadana: Capítulo Segundo, Título VIII

Ley Orgánica de Participación Ciudadana: Capítulo III del Título II

Código Orgánico de Organización Territorial, Autonomía y Descentralización: Art. 303

Ley Orgánica Electoral y de Organizaciones Políticas de la República del Ecuador, Código de la Democracia: Sección Cuarta, Arts. 195 y siguientes

Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional: Arts. 75 numeral 3.

²³⁵ Código Orgánico de Organización Territorial, Autonomía y Descentralización: Art. 325

²³⁶ Constitución de la República del Ecuador: Arts. 103, 106, 420, 441, num. 1, 444

Ley Orgánica de Participación Ciudadana: Capítulo II del Título II

Ley Orgánica Electoral y de Organizaciones Políticas de la República del Ecuador, Código de la Democracia: Ar. 187

Control y rendición de cuentas	Revocatoria del mandato ²³⁷
--------------------------------	--

Mecanismos de Participación en la Gestión Pública²³⁸

Espacios de deliberación pública y consulta	Audiencias Públicas ²³⁹ Cabildos Populares ²⁴⁰ Cabildos ²⁴¹ Consejos Consultivos ²⁴²
De vigilancia y control social ²⁴³	Observatorios ²⁴⁴ Observación electoral ²⁴⁵ Veedurías ciudadanas ²⁴⁶ Rendición de Cuentas ²⁴⁷ Silla Vacía ²⁴⁸

²³⁷ Constitución de la República del Ecuador: Art. 105, Ley Orgánica del Consejo de Participación Ciudadana y Control Social: Art. 8, Ley Orgánica de Participación Ciudadana: Capítulo IV del Título II

Código Orgánico de Organización Territorial, Autonomía y Descentralización: Art. 303 inciso cuarto, 310

Ley Orgánica Electoral y de Organizaciones Políticas de la República del Ecuador, Código de la Democracia: Arts. 25 num. 2, Sección Quinta: Art. 199 y siguientes.

²³⁸ Ley Orgánica de Participación Ciudadana: Art. 72

Código Orgánico de Organización Territorial, Autonomía y Descentralización: Art. 303, inc. cuarto

²³⁹ Ley Orgánica de Participación Ciudadana: Sección Primera, Capítulo Primero, Título VIII

Ley Orgánica Electoral y de Organizaciones Políticas de la República del Ecuador, Código de la Democracia: Art. 169.

²⁴⁰ Ley Orgánica de Participación Ciudadana: Sección Segunda, Capítulo Primero, Título VIII

²⁴¹ Código Orgánico de Organización Territorial, Autonomía y Descentralización: Art. 146.

²⁴² Ley Orgánica de Participación Ciudadana: Art. 80

²⁴³ Constitución de la República del Ecuador: Art. 61, num. 5, Art. 96; Art. 100; Art. 223, inciso primero; Art. 395, num. 3;

²⁴⁴ Ley Orgánica de Participación Ciudadana: Art. 79

Ley Orgánica Electoral y de Organizaciones Políticas de la República del Ecuador, Código de la Democracia: Art. 169.

²⁴⁵ Ley Orgánica Electoral y de Organizaciones Políticas de la República del Ecuador, Código de la Democracia: Art. 170.

²⁴⁶ Constitución de la República: Art. 100, 180 inciso final, 205 inciso final, 208 nums. 2 y 10, 209, 223

Ley Orgánica del CPCCS: Art. 5, nums. 5 y 8, Art. 8, nums. 2 y 3, Arts. 34, 35, 55, 63, 68 inciso primero, 72

Ley Orgánica de Participación Ciudadana: Art. 78

Ley Orgánica Electoral y de Organizaciones Políticas de la República del Ecuador, Código de la Democracia: Art. 169.

Reglamento General de Veedurías Ciudadanas.

²⁴⁷ Constitución de la República del Ecuador: Art. 83, nums. 7, 8, 11

Ley Orgánica de Participación Ciudadana: Capítulo Segundo, Título IX

Ley Orgánica del Consejo de Participación Ciudadana y Control Social: Arts. 9, 10, 11 y 12.

²⁴⁸ Constitución de la República: Art. 101

Código Orgánico de Organización Territorial, Autonomía y Descentralización: Art. 311

Ley Orgánica de Participación Ciudadana: Sección Tercera, Capítulo Primero, Título VIII

APÉNDICE Nº 9

DESIGNACIÓN DE AUTORIDADES POR EL CPCCS

I.- Designaciones a través de Comisiones Ciudadanas de Selección

1. Defensor/a del Pueblo. Designación: 7 de diciembre de 2011.
2. Defensor/a Público. Designación: 30 de abril de 2012.
3. Fiscal General del Estado. Designación: 15 de julio de 2011.
4. Contralor/a General del Estado. Designación: 16 de abril de 2012.
5. Miembros del Consejo Nacional Electoral; se designaron 2 vocales del CNE
6. Miembros del Tribunal Contencioso Electoral. Designación: El 06 de junio de 2012.

II.- Designación de cuerpos colegiados

1. Designación de los representantes de los afiliados activos y jubilados al Directorio del Banco del IESS
2. Designación de los representantes de la Conferencia Plurinacional e Intercultural de Soberanía Alimentaria: 26 de febrero de 2014.

III.- Designacion a través de Ternas remitidas por el Ejecutivo

1. Primera autoridad de la Procuraduría General del Estado. Designación: 13 de enero de 2011
2. Superintendente de Compañías
3. Superintendente de Bancos y Seguros
4. Superintendente de Telecomunicaciones
5. Superintendente de Economía Popular y Solidaria
6. Superintendente de Control del Poder del Mercado
7. Superintendente de la Información y Comunicación

IV.- Designación a través de una Comisión Calificadora

1. Al cierre del informe de referencia, se encuentra en proceso la calificación y designación de los Miembros de la primera Corte Constitucional, para el período 2012 – 2021

APÉNDICE Nº 10
RESULTADOS DEL JUZGAMIENTO DE CASOS DE COHECHO, CONCUSIÓN
PECULADO Y ENRIQUECIMIENTO ILÍCITO

Delito de Cohecho					
ETAPA PROCESAL	2009	2010	2011	2012	TOTAL
INDAGACIÓN PREVIA	111	70	118	89	388
INSTRUCCIÓN FISCAL	26	25	23	25	99
SENTENCIAS					
CONDENATORIAS	2	3	4	3	12

Delito de Concusión					
ETAPA PROCESAL	2009	2010	2011	2012	TOTAL
INDAGACIÓN PREVIA	53	71	101	118	343
INSTRUCCIÓN FISCAL	11	15	13	13	52
SENTENCIAS					
CONDENATORIAS	3	3	6	4	16

Delito de Peculado					
ETAPA PROCESAL	2009	2010	2011	2012	TOTAL
INDAGACIÓN PREVIA	586	492	352	411	1841
INSTRUCCIÓN FISCAL	177	130	78	65	450
SENTENCIAS					
CONDENATORIAS	26	47	30	49	152

Delito de Enriquecimiento Ilícito					
ETAPA PROCESAL	2009	2010	2011	2012	TOTAL
INDAGACIÓN PREVIA	65	75	34	26	200
INSTRUCCIÓN FISCAL	19	1	4	5	29
SENTENCIAS CONDENATORIAS	0	0	1	0	1

APÉNDICE Nº 11

REVISIÓN COMPARADA DE CASOS DE ESTUDIO SOBRE LA IRRACIONALIDAD Y DESPROPORCIONALIDAD DE LA NORMA PENAL

Caso “volqueta” de propiedad de la Subsecretaría del Ministerio de Obras Públicas, MOP	Caso peculado bancario, en contra de Fernando Aspiazu Seminario, propietario del Banco del Progreso S.A.
Juzgamiento del caso: <ul style="list-style-type: none"> • Sentencia de Casación, dictada por la Corte Nacional de Justicia, en la ciudad de Quito, el 18 de diciembre de 2013. • Sentencia del Tribunal Penal de Pastaza, en la ciudad de Puyo, 01 de Marzo del 2005. 	Juzgamiento del caso: <ul style="list-style-type: none"> • Sentencia de Casación, dictada por la Corte Nacional de Justicia, en la ciudad de Quito, el 16 de marzo del 2006. • Sentencia condenatoria del Tercer Tribunal Penal de Pichincha
Hechos: La Subsecretaría del MOP tenía en propiedad un volquete, el mismo que por necesidades del servicio había sido acondicionado como bus para transporte del personal de esa Institución. Por orden del Ing. Gálvez Guerrón, Subsecretario de Obras Públicas en Pastaza desde el 4 de enero del 2001 hasta el 14 de marzo del 2002, el balde de ese volquete, marca Hino KB212 fue entregado en donación a un particular, para que lo utilice en un automotor de su propiedad. El particular que recibió el bien señala que conoce a algunos de los señores del sindicato de trabajadores del MOP y que se percató de que ahí se encontraba un balde abandonado, por lo que solicitó que le faciliten su uso, petición que tuvo una respuesta positiva del Ing. Gálvez pues el bien no constaba en inventario estaba años ahí, por lo que estaba estorbando.- El caso se conoció por un informe de examen especial dela Contraloría General del Estado y se cobró al acusado el valor del bien.	Hechos punibles: fraude al sistema financiero nacional por abuso de los dineros depositados por los ahorristas del Banco del Progreso. El Tribunal considera que el sujeto activo comete varios delitos de peculado bancario. El caso se produce antes del año 2000 y el proceso penal inicia el 13 de marzo del 2000. El caso se relaciona con el caso Mahuad, descrito en el Apéndice Nº 6, pues Fernando Aspiazu, entonces presidente del Banco del Progreso, realizó un aporte para los Gastos de campaña electoral del entonces candidato Mahuad, por un valor de 15639 millones de sucres, equivalentes al 27 por ciento del total de la campaña.
Delito: delito tipificado y reprimido en el inciso primero del artículo 257 del Código Penal	Delito: tipificado y reprimido en el inciso segundo del artículo 257 del Código Penal, en relación con los artículos 57 y 80 del mismo cuerpo legal.
Sanción: se le impuso una pena condenatoria de 8 años de reclusión mayor ordinaria.	Sanción: se le impuso una pena condenatoria de 8 años de prisión.
Duración aproximada del proceso: 8 años y 9 meses aproximadamente.	Duración aproximada del proceso: 6 años.
Nivel de daño que ocasiona la infracción: El valor del balde estaba avaluado en un equivalente a USD \$800 dólares de los Estados Unidos de Norteamérica.	Nivel de daño que ocasiona la infracción: El 22 de marzo de 1999, se produce el cierre del Banco del Progreso por falta de liquidez, a partir de lo cual se identificaron operaciones relacionadas con créditos vinculados y con falta de garantías; y conjunto de prácticas fraudulentas que afectaron a miles de depositantes. El daño y costo social de este caso se refiere a millones de dólares y un conjunto de efectos colaterales ocasionados por el cierre de la entidad y el posterior congelamiento de depósitos y su pérdida de poder adquisitivo.

APÉNDICE N° 12
RESULTADOS DE LA ACCIÓN DE LA CONTRALORÍA GENERAL DEL ESTADO

Año	No. De acciones de control ejercidas por la CGE	No. Casos indicios responsabilidad administrativa CIRAd	Monto determinación responsabilidades administrativas
2008	1584	266	13974139,62
2009	2006	753	19059864,67
2010	1575	1759	10459606,62
2011	1649	3002	6166345,61
2012	2279	4150	6658628,82

Año	No. De acciones de control ejercidas por la CGE	No. Casos con indicios de responsabilidad civil CIRCi	Monto determinación responsabilidades civiles
2008	1584	6147	215754033,9
2009	2006	902	233401493,7
2010	1575	1678	102079252,7
2011	1649	1048	67476830,05
2012	2279	1297	111180344,6

Año	No. De acciones de control ejercidas por la CGE	No. Casos indicios responsabilidad penal CIRPe	Monto determinación responsabilidades penales
2008	1584	147	71074065,1
2009	2006	72	15105432,59
2010	1575	36	4846773,7
2011	1649	127	60253211,91
2012	2279	207	134173034,7

ANEXO N° 13
APLICACIÓN MODELO DE BECKER SOBRE CASOS INVESTIGADOS
POR LA CCCC²⁴⁹

3.1. La elección de corromperse a partir de la teoría de juegos y la disuasión

Se parte de la delimitación del entorno del juego: jugadores, estrategias y pagos, los que se determinan en el marco de una relación referida a la prestación universal de servicios públicos.²⁵⁰

Las estrategias viables para cada jugador se refieren a la obtención de la utilidad esperada $E[U]$ de cometer o no un acto de corrupción. La interacción estratégica de los agentes determina que la probabilidad de que exista un acuerdo (para cometer un acto de corrupción o realizar el trámite legalmente) es 1 para el caso de acuerdo y 0 en caso de falta de acuerdo, esto es que un agente desee cooperar en corrupción y el otro no.²⁵¹

La probabilidad de que se realice un trámite legal es 1 si existe acuerdo entre las partes y si no hay acuerdo, termina igualmente convirtiéndose en un “acuerdo de tipo legal”, debido a la obligatoriedad de la prestación del servicio por parte del agente público, ya que la posición del agente privado (J1), de no incurrir en corrupción, condiciona al agente público (J2) a optar como única vía por el comportamiento cooperativo en trámite legal y viceversa, vale recalcar que en esta decisión los dos agentes tienen información completa sobre la posición de la otra parte.

CUADRO DE PROBABILIDADES DE CORRUPCIÓN

AGENTE PRIVADO JUGADOR 1	ADMINISTRACION PUBLICA AGENTE PUBLICO – JUGADOR 2	
	CORRUPCIÓN	LEGAL
CORRUPCIÓN	P (1,1) =1	P (1,0)=0
LEGAL	P (0, 1)=0	P (1,1) =1

Del cuadro anterior se desprende que en la relación P(1,0) el jugador 1 desea realizar un acto de corrupción mientras que el jugador 2 no coopera, entonces la probabilidad

²⁴⁹ Transcripción del desarrollo presentado por Olivo Espín, Cielito (2008). “Perspectiva Económico Institucional del Control Anticorrupción: El caso Ecuatoriano”. Disertación Diploma Estudios Avanzados, Universidad Complutense de Madrid.

²⁵⁰ Se excluye del análisis de otro tipo de relaciones jurídicas en el ámbito público, pues en las relaciones contractuales, tales como la adjudicación de contratos públicos, la prestación de servicios a la Administración bajo cualquier modalidad, al no ser relaciones de acceso universal, los incentivos hacia la corrupción tienen un comportamiento diferente, pues acudir por la vía legal puede implicar la eventualidad de no obtener el beneficio, p.e. no ser contratista del Estado.

²⁵¹ En el caso de falta de acuerdo, esto es que uno de los jugadores elija la estrategia legal y el otro la estrategia hacia la corrupción, este comportamiento puede generar la posibilidad de que se denuncie la tentativa de cometer el acto ilícito por cualquiera de los agentes, encontrándose el agente público más vulnerable por su régimen de responsabilidad. Existen costes en el acuerdo para cometer un acto de corrupción pues eventualmente ninguna de las partes puede asegurar que el otro no denuncie el hecho, por lo que la posibilidad de atribuir responsabilidades en contra de los involucrados puede convertir a estos en rehenes, pues en este supuesto de no mantenerse el acuerdo podría existir denuncia.

de que exista un acto de corrupción es nula y viceversa en el caso de la relación $P(0,1)$.

Entorno del juego:

1.- Jugadores: Los particulares que interactúan con el ámbito público como receptores de servicios públicos (J1) y los burócratas o autoridades públicas (J2).

2.- Estrategias:

- Los jugadores podrán obtener el servicio cooperando legalmente o en corrupción.
- Los jugadores podrán obtener beneficios adicionales Y , si deciden realizar actos de corrupción.

3.- Pagos: Los pagos aplicables al juego se obtienen de la función de utilidad esperada planteada por Becker.²⁵² Dichos valores provienen de la relación entre el valor de la satisfacción que genera el acto de corrupción respecto de cada uno de los agentes $Y1, Y2$ y los costos de incurrir en corrupción de cada jugador $s1$ y $s2$.²⁵³ Los pagos también están en función de la variable P , probabilidad subjetiva de ser descubierto y sancionado, pues el juego incluye el análisis respecto de la incidencia del sistema de control en la estructura de incentivos de los agentes, a través de la probabilidad de que se apliquen eficientemente las reglas de responsabilidad y los mecanismos de sanción.

4.- Supuestos:

- La relación entre los agentes obedece a la prestación de servicios públicos de acceso universal, lo que excluye relaciones contractuales.²⁵⁴
- En caso de ser descubiertos en el cometimiento de actos de corrupción, los agentes asumen el coste de la sanción impuesta por el sistema de control.
- Los agentes en caso de acuerdo legal tienen un coste de sanción cero.
- Los agentes perciben niveles de satisfacción y costes diferenciados.
- En caso de no ser descubiertos los agentes que incurrir en corrupción reciben efectivamente la satisfacción Y .
- Neutralidad en la actitud ante el riesgo por parte de los agentes.

En este contexto, el análisis sobre la interacción de los agentes públicos y privados parte de su racionalidad, entendida como la maximización de su función de utilidad esperada, la neutralidad en la actitud ante el riesgo, la regla de la independencia en la asignación de costes, así como el comportamiento cooperativo de las partes.

La investigación aplica y valida el modelo de disuasión de Becker, respecto a la incidencia de la variable probabilidad de sanción P , en la elección de cometer actos de

²⁵² $E[U] = PU(Y - s) + (1 - P)U(Y)$

²⁵³ La variable “s” representa a la variable denominada sanción y reemplaza a la variable denominada f (fine) del modelo de Becker.

²⁵⁴ Respecto de la obtención del bienestar es recibida únicamente por el jugador 1, por ser el destinatario del servicio público, por tanto en caso de servicios públicos, estos pueden obtenerse con o sin corrupción. Sin embargo, en el caso de relaciones económicas contractuales, cuya barrera de acceso es un concurso, el interesado a pesar de acudir por la vía legal, no siempre va a tener la posibilidad de acceder al beneficio (Y) y por tanto $Y1$ puede tener valor 0. El bienestar recibido del jugador 1 es mayor que el bienestar recibido por el jugador 2, en cada acuerdo, por lo que el incentivo del jugador 2 se relaciona con la cantidad de acuerdos en corrupción, pues a mayor cantidad se incrementa su beneficio, elemento explicativo que no será analizado en el modelo.

corrupción, variable que relacionada con la estructura de la sanción determinada a través de normas, permite generar criterios de análisis práctico sobre la eficacia del sistema de control en un contexto determinado.

Teniendo en cuenta que la tendencia respecto del riesgo influye en la probabilidad subjetiva de sanción P y por tanto en la utilidad esperada del modelo E[U], para su mayor validez, se parte de la neutralidad en la actitud ante el riesgo por parte de los agentes.²⁵⁵

Según la función de utilidad individual planteada en el modelo de disuasión de Becker,²⁵⁶ el análisis de los pagos se realiza partiendo de la siguiente ecuación:

$$E[U] = PU(Y - s^{257}) + (1 - P)U(Y)$$

Donde E[U] es la función de utilidad individual esperada, Y es el valor de la satisfacción que genera el acto de corrupción (con un equivalente monetario), P es la probabilidad subjetiva de ser descubierto y sancionado, y s^{258} es el equivalente monetario de la pena, conforme lo cual, el agente cometerá la ofensa si la expectativa de su utilidad es positiva y se abstendrá de hacerlo si es negativa o cero, conforme a la siguiente función:

FUNCION DE UTILIDAD ESPERADA JUGADORES²⁵⁹

$$E[U] = f(Y, P)$$

UTILIDAD ESPERADA JUGADOR 1	UTILIDAD ESPERADA JUGADOR 2
$E[U]_1 = f(Y_1, P)$	$E[U]_2 = f(Y_2, P)$

DESCRIPCIÓN DE VARIABLES Y RESTRICCIONES

VARIABLES	J1	J2	RESTRICCIONES
Probabilidad Subjetiva de Sanción (P)	$P_1 > 0$	$P_2 > 0$	$P_1 = P_2$
Satisfacción por Corrupción (Y)	$Y_1 \geq 0$	$Y_2 \geq 0$	Acuerdo Corrupción: $Y_1 \geq Y_2$ Acuerdo Legal: $Y_1 = Y_2 = 0$

²⁵⁵ La neutralidad ante el riesgo refleja un nivel de equilibrio e indiferencia racional en las elecciones, como consecuencia del efecto renta y sustitución, mientras que en el caso de los “risk lovers” el efecto sustitución entre el aumento de la gravedad de la sanción y el cometimiento de actos de corrupción, es indeterminado; en tanto que en el caso de los adversos al riesgo, la gravedad de la sanción tiene un mayor efecto disuasorio.

²⁵⁶ Véase Capítulo I, 1.5. Control anticorrupción y elección racional. Modelo Disuasión.

²⁵⁷ La variable “s” representa a la variable denominada sanción y reemplaza a la variable denominada f (fine) del modelo de Becker.

²⁵⁸ La sanción s se considera constante pues se encuentra determinada previamente por la Ley.

²⁵⁹ A partir del modelo de Becker se obtiene la siguiente ecuación simplificada, donde se reflejan las relaciones directas e inversas entre las variables independientes y dependientes y la constante sanción s: $E[U] = Y - sP$

DESCRIPCIÓN DE LA CONSTANTE “s”

Sancion (s)	$s1 \geq 0$	$s2 \geq 0$	Acuerdo Corrupción: $s1 < s2$ Acuerdo Legal: $s1 = s2 = 0$
-------------	-------------	-------------	---

Probabilidad subjetiva de sanción (P).- Se determina que el agente privado y el público reciben el máximo nivel de control, por tanto $P1 = P2$; y que en el caso de corrupción sistémica la P disminuye. El cálculo de la P referencial se realiza a partir de los resultados de la investigación de casos de la Comisión de Control Cívico de la Corrupción, en el período 2000 – 2008.²⁶⁰

Conforme se señaló en el Capítulo II, del 2000 al 2008, la CCCC determinó indicios de responsabilidad en 462 casos, sobre los cuales existieron 1034 conclusiones de responsabilidad penal, civil y administrativa, que constituyen el universo de análisis.

Con el fin de estimar referencialmente la probabilidad de sanción P de dicho periodo, se excluye a las sanciones civiles y administrativas pues se considera que su valor es 0, ya que no se cuenta con información sobre la existencia de una determinación de responsabilidades en firme; por lo que se parte de las sentencias condenatorias existentes (3), como referente de la probabilidad de sanción.²⁶¹

Satisfacción que genera el acto de corrupción (Y).- Para el presente análisis la satisfacción que genera el acto de corrupción, se calcula en términos de la Cuantía de Corrupción o Soborno, por ser el costo máximo referencial que está dispuesto a pagar el agente privado para obtener el servicio ilícitamente, ya que considera que le deja un margen de bienestar o remanente monetario; por tanto la cuantía de corrupción es inferior al bienestar recibido ilícitamente.

Se considera que $Y1 = Y2$ pues su referente de relación es el valor de la cuantía de corrupción CC, ya que la satisfacción del jugador 1 para que constituya un incentivo, debería ser mayor a la cuantía de corrupción CC que es la que está dispuesto a pagar; y respecto del jugador 2, su satisfacción adicional se refleja en el valor del soborno o cuantía de corrupción que recibe. Con el fin de simplificar el análisis y por la explicación expuesta es posible que al cuantificar Y1, Y2 (satisfacción del acto de corrupción) los valores se equiparen, ya que su valor mínimo sería el asignado a la cuantía de corrupción ($CC = Y$).

Sanción (s).- Partiendo de la norma penal relativa a los casos ejemplificativos, los niveles de sanción son diferenciados en el caso del jugador 1 y 2, norma que establece sanciones diferentes para el agente público y el privado, por tanto $s2 > s1$; esta relación diferenciada se calculó teniendo como referencia la pena mínima del delito de cohecho, contenida en el artículo 285 del Código Penal ecuatoriano,²⁶² que establece

²⁶⁰ Corrupción e Impunidad, 2008

²⁶¹ Probabilidad de sanción (P) = Sentencias condenatorias (3)/Conclusiones de responsabilidad (1034); $P = 3/1034 = 0.0029$

²⁶² Código Penal Ecuatoriano: Delito de cohecho:

Art. 285.- Todo funcionario público y toda persona encargada de un servicio público que aceptaren oferta o promesa, o recibieren dones o presentes para ejecutar un acto de su empleo u oficio, aunque sea justo, pero no sujeto a retribución, serán reprimidos con **prisión de 6 meses a 3 años y multa de 8 a 16 dólares** de los Estados Unidos de Norte América, a más de la **restitución del duplo de lo que hubieren percibido**.

la sanción mínima de prisión de 6 meses y multa de USD 8 dólares de los Estados Unidos de Norte América; valor que sumado a la cuantía de corrupción (CC) corresponde a la sanción del jugador 1; y respecto del jugador 2, se le adiciona el duplo de la cuantía de corrupción (CC).

La sanción del jugador 1 (s_1) proviene de multiplicar por 6 la remuneración mensual estimada de 330 USD,²⁶³ a la que se adicionan 8 dólares por concepto de multa y el valor de la cuantía de corrupción $CC=Y_2$, cuya ecuación de cálculo es: $s_1=330*6+8+Y_2$. La referencia de cálculo de s_2 parte de una remuneración mensual de 330 USD, durante 6 meses y una multa de 8 USD; adicionalmente, dado que conforme a la norma penal está obligado a devolver el duplo del valor recibido Y_2 , la ecuación de cálculo de s_2 es: $s_2=330*6+8+Y_2*200\%$

TABLA DE DATOS

VARIABLES Y CONSTANTES	VALORES	
	JUGADOR 1	JUGADOR 2
Probabilidad de sanción (P)	0,0029	0,0029
Satisfacción por Corrupción (Y) ²⁶⁴	$Y_1=33$	$Y_2=33$
Sanción (s) ²⁶⁵	$S_1= 2021$	$S_2= 2054$

Serán reprimidos con prisión de 1 a 5 años y multa de 6 a 31 dólares de los Estados Unidos de Norte América, a más de restituir el triple de lo percibido, si han aceptado ofertas o promesas, o recibido dones o presentes, bien sea por ejecutar en el ejercicio de su empleo u oficio un acto manifestamente injusto; bien para abstenerse de ejecutar un acto de su obligación.”

“Art. 290.- Los que **hubieren compelido** por violencias o amenazas, corrompido por promesas, ofertas, dones o presentes, a un funcionario público a un jurado, árbitro o componedor, o a una persona encargada de un servicio público, para obtener un acto de su empleo u oficio aunque fuera justo, pero no sujeto a retribución, o la omisión de un acto correspondiente al orden de sus deberes, serán reprimidos con las mismas penas que el funcionario, jurado, árbitro o componedor culpados de haberse dejado cohechar.”

“Art. 291.- **No se restituirán al corruptor**, en ningún caso, **las cosas entregadas por él**, ni su valor; y serán comisadas y puestas a disposición del Presidente de la República, para que las destine a los establecimientos de asistencia pública que juzgue conveniente.”

²⁶³ Para llegar al valor de la remuneración se parte del Costo del Trámite, que es el relativo a la obtención del servicio público legalmente y pueden también ser 0, pues existen servicios públicos gratuitos. Cabe aclarar que la prestación del servicio público siempre tiene un coste, el mismo que está externalizado ya que es asumido por el Estado. Para nuestro cálculo se estima que el Costo del Trámite CT lo paga el jugador 1 y es el 30% del Bienestar del Servicio W_1 , considerando que los servicios públicos promedio tienen costos bajos. Si se parte de que $W_1= 100$, entonces el Costo del Trámite es 30. Dado que se considera que el agente público J2 no aceptaría una Cuantía de Corrupción CC menor al Costo del Trámite (conforme a la clasificación planteada por Sheleifer y Vishny (1993), la corrupción planteada en el caso de estudio es de tipo extractiva o sin apropiación ilícita de recursos públicos). Se estima que el J2 está dispuesto a recibir al menos el 110% del Costo del Trámite; por lo que la cuantía de corrupción estaría calculado así: $110\% * CT =$ Cuantía de Corrupción CC. Reemplazando los datos de nuestro ejemplo $CC = 110\% * 30$, la Cuantía de Corrupción es igual a 33. Se puede llegar a un valor similar a partir de la percepción ciudadana sobre como cuantificar el valor de la Cuantía de Corrupción (33) ya que se considera que el CC es aproximadamente el 10% de la Remuneración mensual del servidor público (W_2), $CC = 10\%*W_2$. Por tanto, si se estima que CC es 33, podemos inferir que el valor aproximado de la Remuneración del servidor público será: $W_2 = CC/10\% = 33/10\%$, con un valor resultante de W_2 igual a 330, que es precisamente un valor bastante aproximado a la Remuneración del un trabajador en el Ecuador después de sumarle al salario mínimo mensual los beneficios adicionales de Ley.

²⁶⁴ $Y= CC$. Cuantía Corrupción $CC = CT* 110\%$. $CT = W_1*30\%$.

²⁶⁵ $s_1=W_1*6+8+Y_2$; $s_2=W_1*6+8+Y_2*200\%$

Las siguientes ecuaciones permiten calcular la utilidad esperada de realizar un acto de corrupción para los dos jugadores:

UTILIDAD ESPERADA: $E[U] = PU(Y - s) + (1 - P)U(Y)$	
JUGADOR 1	JUGADOR 2
$E[U]J1 = PU(Y - s1) + (1 - P)U(Y1)$ $E[U]J1 = 0,0029*(33 - 2021) + (1 - 0,0029)*2021$ $E[U]J1 = 27.14$	$E[U]J2 = PU(Y - s2) + (1 - P)U(Y2)$ $E[U]J2 = 0,0029*(33 - 2054) + (1 - 0,0029)*2054$ $E[U]J2 = 27.04$

Dado que el modelo de Becker se basa en el “free will” de optar por cometer un acto de corrupción, que se percibe genera una utilidad esperada, los jugadores también pueden optar por realizar el trámite legalmente y así dejar de percibir la utilidad esperada adicional. Desde esta perspectiva el agente público recibiría únicamente la remuneración $W1$, mientras que por su parte el agente privado recibe el bienestar del servicio, aunque no sea oportunamente. Sin embargo, los agentes tienen una sensación de pérdida debido a que su función de utilidad esperada también depende de P , por consiguiente tienen un costo de oportunidad que se refleja como una expectativa de pérdida $E[p]$, cuyo valor es equivalente a la utilidad esperada por corrupción $E[p] = E[U]$. Sin embargo este valor no es considerado como un pago negativo en la matriz de juegos pues los jugadores no incurren efectivamente en ese gasto.

Esta utilidad que se deja de percibir evidencia el incentivo que tendrían los agentes para realizar actos de corrupción cuando se percibe la existencia de una probabilidad de sanción P mínima. La estimación de que P en el modelo es de 0,0029 significa que la disuasión del sistema de control es baja, por tanto los agentes se encuentran incentivados a obtener beneficios adicionales provenientes de actos de corrupción.

Al aplicar el modelo de maximización de utilidad esperada de Becker a teoría de juegos, se obtiene los siguientes pagos:

TABLA DE PAGOS

$P = 0,0029$

ADMINISTRACION PUBLICA – AGENTE PUBLICO JUGADOR 2	AGENTE PRIVADO – JUGADOR 1	
	CORRUPCIÓN	LEGAL
CORRUPCIÓN	(27.04; 27.14)	
LEGAL		(0;0)

De la distribución de pagos se observa que el equilibrio de Nash,²⁶⁶ cuando la probabilidad de sanción P es igual a 0,0029, se encuentra en la decisión de cooperar

²⁶⁶ El equilibrio de Nash está pensado como solución para lo que se conoce como juegos en forma normal, esto es, situaciones en las que los jugadores toman sus decisiones simultáneamente. Sin embargo, hay juegos en los que las decisiones no son simultáneas, sino que un jugador “mueve” primero, y el otro “mueve” después, a los que se denominan “juegos sucesivos”. Von Neumann y Morgenstern entendían que cualquier juego en forma extensiva podía verse como un juego equivalente,

en corrupción, ya que la estrategia de corrupción es la mejor respuesta para cada jugador, bajo el contexto dado, pues cada jugador obtiene un beneficio adicional en corrupción, lo que no sucede en el caso de acuerdo legal. Los pagos en equilibrio de Nash son (27.04; 27.14).

El equilibrio de Nash puede cambiar si el valor de P aumenta, ya que existe un punto en que a mayor probabilidad de sanción los pagos de los jugadores al escoger la estrategia de corrupción se vuelven negativos. Por ejemplo para un valor de $P = 0,017$ las utilidades esperadas conforme al modelo de Becker son:

TABLA DE PAGOS

P = 0,017

ADMINISTRACION PUBLICA – AGENTE PUBLICO JUGADOR 2	AGENTE PRIVADO – JUGADOR 1	
	CORRUPCIÓN	LEGAL
CORRUPCIÓN	(-1.36; -1.92)	
LEGAL		(0;0)

De lo que se concluye que un nivel de probabilidad de sanción $P=0,017$ implica un mayor nivel de disuasión del sistema de control, debido a que existiría mayor probabilidad de detección, investigación y sanción de los actos ilícitos; lo que aumenta la probabilidad de que se efectivice la sanción. Simplificando el modelo de Becker se obtiene que a mayor P, menor es la utilidad esperada: $E[U] = Y - sP$. De ahí que el acuerdo de corrupción arroje pagos negativos (pérdida) en caso de que la P sea mayor al punto de indiferencia de cometer actos de corrupción.

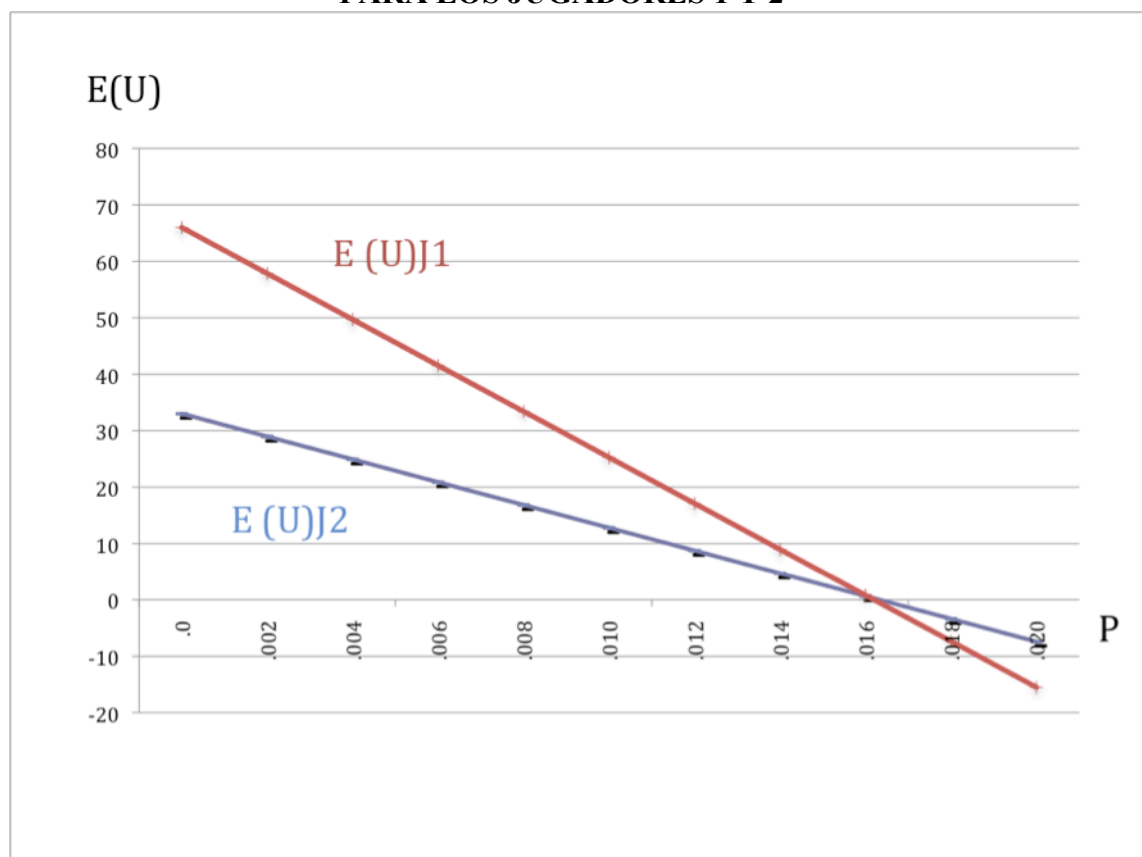
Cuando las expectativas de utilidad de los jugadores es nula o igual a 0, $E[U] = 0$; los agentes son indiferentes a cometer actos de corrupción, lo cual ocurre cuando la probabilidad de sanción es menor a $P=0,016$. De esta manera, a partir de la aplicación del modelo se encuentra un rango de probabilidad de ocurrencia de actos de corrupción conforme la siguiente tabla:

RANGO DE PROBABILIDAD INCENTIVOS CORRUPCIÓN [P]	RANGO PROBABILIDAD INCENTIVO TRÁMITE LEGAL [(1- P)]
$0 < P < 0.016$; $E[U]J1 > 0$; $E[U]J2 > 0$	$0.016 < P < 1$ $E[U]J1 < 0$; $E[U]J2 < 0$

en forma normal, en el que cada jugador decide por anticipado y de una sola vez que curso de acción emprenderá, considerando todas las eventualidades que pudieran surgir, ya sean producto de la naturaleza o de decisiones del otro jugador. Selden mostraría después que en ciertos juegos no es cierto que la forma extensiva del mismo pueda convertirse sin más a su representación normal. El problema y la importancia de la diferenciación es que lo que en un juego simultáneo es un equilibrio de Nash, no siempre lo es cuando el mismo juego se considera en su variante sucesiva. Respecto del análisis, en principio sería aplicable la visión de Von Neumann y Morgenstern, tomado de Ariel, Del Río de Angelis, *Juegos Evolutivos y Conducta Moral: Un análisis mediante simulaciones informáticas del surgimiento y justificabilidad de conductas no maximizadoras en contextos estratégicos*, Memoria para optar al grado de Doctor, Universidad Complutense de Madrid, Facultad de Filosofía, Departamento de Filosofía del Derecho, Moral y Política II, 2007, p. 22

La representación gráfica de este análisis se presenta a continuación, donde se observa que la utilidad esperada de J1 y J2 es positiva cuando la P se encuentra en el rango de incentivo de corrupción ($P < 0.016$). Además se observa que la utilidad esperada del agente privado J1 es mayor que la de J2 cuando P se encuentra en el rango de incentivo de corrupción, y la pérdida esperada de J1 es también mayor que la de J2 cuando la P cae en el rango de incentivo de trámite legal ($P > 0.016$). Por lo que J1 presenta mayor motivación que J2 para incurrir en actos ilícitos.

UTILIDAD ESPERADA DE COMETER UN ACTO DE CORRUPCIÓN PARA LOS JUGADORES 1 Y 2



Del análisis realizado se desprende que el acuerdo en corrupción constituye un juego cooperativo en el que los participantes pueden comunicarse y negociar una solución óptima mutua –información perfecta-, que se traduce en la obtención del beneficio con pagos individuales superiores para cada uno de los agentes, relación de pagos en la que se observa un pago mayor para el agente particular; no obstante, la ganancia del agente público se incrementa en función del volumen de operaciones en las que interviene, por lo que el óptimo para el agente público, en un análisis costo – beneficio, es la existencia de un esquema de juego repetido,²⁶⁷ lo que se produce en un contexto de corrupción sistémica.

²⁶⁷ Partiendo de la corrupción como juego repetido y en un contexto de corrupción sistémica, se cuestiona los niveles reales de interacción estratégica de los agentes, pues dado el contexto sistémico estaríamos ante una estructura de servicios y precios que asimilaría a las transacciones de corrupción con aquellas que se desarrollan en un mercado.

ANEXO 14

ÁMBITOS AGENDA ANTICORRUPCIÓN A NIVEL INTERNACIONAL

OEА

- (1) CONFLICTOS DE INTERESES;
- (2) RECURSOS PÚBLICOS;
- (3) OBLIGACIÓN DE DENUNCIAR;
- (4) DECLARACIÓN DE ACTIVOS;
- (5) ÓRGANOS DE CONTROL;
- (6) ACCESO A LA INFORMACIÓN (PARTICIPACIÓN SOCIEDAD CIVIL)
- (7) MECANISMOS DE CONSULTA (PARTICIPACIÓN SC);
- (8) PARTICIPACIÓN EN GESTIÓN PÚBLICA (PARTICIPACIÓN SC);
- (9) SEGUIMIENTO DE LA GESTIÓN PÚBLICA (PARTICIPACIÓN SC);
- (10) ASISTENCIA Y COOPERACIÓN;
- (11) CONTRATACIÓN DE FUNCIONARIOS PÚBLICOS;
- (12) ADQUISICIÓN DE BIENES Y SERVICIOS;
- (13) PROTECCIÓN A LOS QUE DENUNCIE ACTOS DE CORRUPCIÓN;
- (14) TIPIFICACIÓN DE ACTOS DE CORRUPCIÓN.

UNIÓN EUROPEA

- (1) CORRUPCIÓN PÚBLICA Y PRIVADA: CÓDIGOS DE INTEGRIDAD PARA LAS ADMINISTRACIONES PÚBLICAS Y EL APOYO A LOS ESFUERZOS DEL SECTOR PRIVADO POR REFORZAR LA INTEGRIDAD Y LA RESPONSABILIDAD DE LAS EMPRESAS;
- (2) TRIBUTARIO Y FISCAL: PROHIBICIÓN DE LA DESGRAVACIÓN FISCAL DE LOS SOBORNOS, INTRODUCCIÓN DE NORMAS CONTABLES Y DE AUDITORÍA;
- (3) CONTRATACIÓN PÚBLICA. SUPERVISAR LA APLICACIÓN DE LAS CLÁUSULAS DE LUCHA CONTRA LA CORRUPCIÓN A NIVEL CONTRACTUAL PÚBLICO. CÓDIGOS DE CONDUCTA. DIÁLOGO SECTORES PÚBLICO Y PRIVADO SOBRE LA ADJUDICACIÓN DE LOS CONTRATOS PÚBLICOS;
- (4) SECTOR FINANCIERO. PRIORIZAR EL CONTROL;
- (5) CORRUPCIÓN POLÍTICA. CONFLICTO DE INTERESES EN EL GASTO ELECTORAL. FINANCIACIÓN ILEGAL DE LOS AGENTES SOCIALES, PARTIDOS Y OTROS GRUPOS DE INTERÉS.
- (6) PREVENCIÓN, INVESTIGACIÓN, PROCESAMIENTO Y RESOLUCIÓN DE LOS ACTOS DE CORRUPCIÓN.
- (7) CONFLICTOS DE INTERÉS, MEDIDAS PREVENTIVAS Y CONTROLES;
- (8) COOPERACIÓN Y ASISTENCIA RECÍPROCAS. COOPERACIÓN JUDICIAL Y POLICIAL
- (9) REPARACIÓN. RECONOCIMIENTO MUTUO DE LAS DECISIONES DE INCAUTACIÓN DE LOS PRODUCTOS DE LA CORRUPCIÓN Y SIMPLIFICAR PROCEDIMIENTOS;
- (10) PROTECCIÓN DE DENUNCIANTES, VÍCTIMAS Y TESTIGOS.
- (11) REFUERZO GENERAL DE LAS INSTITUCIONES NACIONALES;
- (12) LA ARMONIZACIÓN A NIVEL REGIONAL DE LAS CONDUCTAS SANCIONADAS PENALMENTE;